

٢١٦٦١
١٣

المؤسسة العراقية
وزارة الأوقاف والشؤون الدينية
إحياء التراث الإسلامي
(١٢)

كِتَابُ أَجِبِ الْقَضَاءِ

تأليف
القاضي شهاب الدين أبي اسحاق إبراهيم بن عبد الله
الهمداني الجوهري المعروف بابن أبي الدم الشافعي
المتوفى ٦٤٢ هـ

تحقيق ودراسة بقلم
الدكتور محيي هلال الشحان

الكتاب الثاني والستون

« الجزء الأول »

الطبعة الأولى

مطبعة الإرشاد - بغداد
١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م



وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما

« صدق الله العظيم »

الكتاب رسالة في الفقه المقارن قدمت الى كلية الشريعة والقانون
بجامعة الأزهر ، ونوقشت في الساعة الرابعة من بعد ظهر يوم الخميس
١٣ رجب ١٤٠٢ هـ ، الموافق ١٩٨٢/٥/٦ في قاعة الامام محمد عبده في
الكلية ، وكانت لجنة المناقشة قد تألفت من :

الدكتور محمد مصطفى شحاتة (الأستاذ المتفرغ في الكلية وأحد
أعضاء لجنة الفتوى بالأزهر ، والمشرف ، على الرسالة) مقرر
اللجنة .

الدكتور رمضان حافظ عبدالرحمن (الأستاذ المتفرغ في الكلية
ورئيس قسم أصول الفقه فيها) عضوا .

الدكتور محمد الحسيني (الأستاذ ورئيس قسم الشريعة في كلية
الآداب بجامعة عين شمس) عضوا .
ومنحت نهادة الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى .

٢٥١
بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين ،
سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ،
رضوان الله تعالى عليهم أجمعين •

وبعد :

فإن التراث العربي الاسلامي يحفل بروائع فريدة من النظم
والتشريعات ، تصور ما فيه من الأصالة والنضج والتقدم الفكري
والحضاري •

ولكن قسما كبيرا من ذلك التراث ما يزال مخنيا في خزائن
المخطوطات ، ودور الكتب في جهات الدنيا ، تهددها أيدي الفناء
والاندراس ، لم تر نور الحياة بالطباعة ، وما أشد حاجتنا الى احياء ذلك
التراث ونشره على أسس علمية حديثة ، ودراسته دراسة تظهر ما فيه من
الجوانب المشرقة التي تخدم الانسانية ، وتير لها طريقها اللاحق •

وكتاب (أدب القضاء) الذي ألفه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق
ابراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن فائق الهمداني
الحموي الشافعي المعروف بابن أبي الدم (المولود سنة ٥٨٣هـ = ١١٨٧م ،
والمتوفى سنة ٦٤٢هـ = ١٢٤٤م) يعد من غرر العلم القضائي ، ألفه في
حقبة من الدهر عصية ، لا نعلم ، أو لا نكاد نعلم عنها شيئا ، إذ أحاطت
بأمتنا فيها أيادي الغدر من المشرق على يد أعدائها ، وآخرهم هولاء الذين

بدأ بالسير الى بغداد ، ومن المغرب على يد الغزاة الصليبيين الذين وضعوا
أقدامهم على شواطئ البحر المتوسط .

في هذه الظروف وفي هذه المحن وضع المؤلف كتابه هذا ، وهو
عربي صميم ، مما يدل على مقدرة الفكر العربي الاسلامي على الابداع في
أحلك الظروف .

صور لنا هذا الكتاب الأبعاد الفكرية لنظرية الدعوى والاثبات والحكم
في ظل النظام القضائي في الاسلام ، من وجهة نظر المذهب الشافعي ، ومن
خلال فهم قاض مارس القضاء كثيرا ، واكتسب الخبرة به .

تلك الأبعاد التي تعتبر أساسا لكثير من النظريات الحديثة في أصول
المرافعات ، لا تزال حية ، تعيش في واقعنا الحديث .

كما صور لنا واقع النظام القضائي آنذاك ، تصويرا يعتبر ونيقة
تاريخية تعكس للعالم العمق الحضاري لتراث أمتنا المجيدة .

ومن هنا تبدو أهمية هذا الكتاب ، فضلا عن أهميته بالنسبة للفقهاء
الشافعي ، اذ سجل تطور التشريع القضائي في ذلك الفقه ، بجمعه لآراء
علماء كثيرين تضاف أعمالهم الى سجل التراث الفكري الانساني ، في
التقاضي ، والاثبات ، والحكم .

لكل ذلك اخترت هذا الكتاب (تحقيقا ودراسة) ليكون مادة لرسالتي
لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بجامعة
الأزهر الشريف بإشراف الشيخ الدكتور محمد مصطفى شحاتة الأستاذ
المتفرغ في الكلية .

وقد ضمت هذه الرسالة قسمين كبيرين :

القسم الاول :

المقدمة : وتحتوي أربعة أبواب :

الباب الاول :

(في مؤلف الكتاب) وفيه فصلان :

ضم الفصل الاول :

نبذة تاريخية عن عصر المؤلف بينت فيها حالة العصر السياسية والاجتماعية والثقافية بإيجاز شديد .

اما الفصل الثاني :

فقد ضم ترجمة للمؤلف ، بينت فيها اسمه ونسبه ونسبه ، وولادته ، ثم حياته اجمالا ووظائفه التي شغلها . وذكرت شيوخه الذين تعلموا عليهم وتلاميذه الذين أخذوا عنه وبينت شيئا عن أخلاقه وصفاته التي تنهد بها المؤرخون وتعرضت لذكر أسرته ومكانته الاجتماعية ، كما تعرضت لمكانة ابن أبي الدم العلمية والأدبية . ثم ذكرت مؤلفاته ، وجهدت في ذكر نسخها المخطوطة ، وختمت هذا الفصل بذكر تاريخ وفاته .

اما الباب الثاني :

فكان في كتاب (أدب القضاء) ضم ثلاثة فصول :

الفصل الاول :

في الكتب المؤلفة في أدب القضاء استعرضت فيه ما ألف من الكتب قبل المؤلف وبعده بحسب المذاهب الفقهية .

وبينت في الفصل الثاني :

حالة القضاء قبل عهد المؤلف وما تطور اليه في عهده .

أما الفصل الثالث :

فقد كان عن كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم بينت فيه اسم الكتاب ، وصحة نسبه الى المؤلف ، وسبب تأليفه ، وعرضت مادة الكتاب بصورة موجزة ، وبينت أهمية الكتاب بالنسبة للفقهاء القضائيين الشافعيين ، ثم رسمت صورة لمنهج المؤلف في كتابه ، ولم أغفل عن ذكر مصادر هذا الكتاب القيم ، وآثاره في ما تلاه من الكتب ، ووصف الأصول الخطية لهذا الكتاب التي اعتمدتها في التحقيق ، وما تتميز به كل نسخة . ثم ختمت هذا الفصل ببيان عملي في التحقيق ، والخطوات التي ارتسمتها والرموز التي اتخذتها ، وأعطيت نموذجا لبدايات النسخ الخطية ونهاياتها .

أما الباب الثالث :

فقد عقدته لدراسة بعض المسائل الواردة في هذا الكتاب ، درست فيها كيف يرسم القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الصورة لنظرية القضاء ، وكيف تكون الدعوى عنده ؟ وما هو رأيه في الأحكام التي يصدرها القاضي ؟ ومتى تنفذ ؟ ومتى تنقض ؟ . وعلى ذلك وقع هذا الباب في أربعة فصول :

الفصل الاول :

في نظرية القضاء عند أبي الدم .

الفصل الثاني :

في الدعوى عند ابن أبي الدم .

الفصل الثالث :

في طرق الاثبات عند ابن أبي الدم .

الفصل الرابع :

في الأحكام التي يصدرها القاضي عند ابن أبي الدم .

اما الباب الرابع :

فقد عقدته لدراسات فقهية مقارنة لبعض المسائل الخلافية الواردة في هذا الكتاب . وقد وقع في سبعة فصول :

الفصل الاول : قضاء المرأة .

الفصل الثاني : شرط الاجتهاد في القاضي .

الفصل الثالث : قضاء القاضي بعلمه .

الفصل الرابع : القضاء على الغائب .

الفصل الخامس : القضاء بالشاهد واليمين .

الفصل السادس : القضاء بالنكول .

الفصل السابع : هل يتغير الحكم في الحل والحرمة بحكم الحاكم ؟

القسم الثاني :

نص كتاب أدب القضاء .

وقد قمت فيه بتحقيق نص الكتاب وفق الطرق العلمية الحديثة في التحقيق ، بمقارنة النسخ المخطوطة فيما بينها وتثبيت فروق النسخ ، والتنبيه على التصحيحات التي يقع فيها النساخ ، والاجتهاد في معرفة نص المؤلف وعبارته ، وخدمة ذلك النص بشرح غريبه ، وتخريج أحاديثه ، وبيان مسائله المشككة ، وترجمة اعلامه ومصطلحاته ، والاشارة الى مصادره بتوثيق تصوصه المنقولة عن غيره ممن تقدموه ، ما أمكن ذلك ، ومقارنة عبارات الكتاب بعبارات المؤلفين المتأخرين عن المؤلف الذين نقلوها

عنه في كتبهم ما أمكن ذلك أيضا ، ووضع عناوين رئيسية وفرعية للموضوعات والمسائل .

أرجو أن أكون قد وفقت في عملي هذا ، وأرجو الله أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم .

وفي ختام هذه الكلمة أتقدم بالشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة احياء التراث الاسلامي وعلى رأسهم السيد وزير الاوقاف والشؤون الدينية لشرفهم هذا الاثر النفيس ضمن سلسلتهم ، كما أشكر الاساتذة الذين أشرفوا على هذه الرسالة وناقشوها اذ لم يخلوا عليّ بوقت ولا نصيح والى سائر من ساعدني في ذلك من الأصدقاء والأساتذة .

وأرفع يدي الى الله مبتهلا اليه أن يهدينا الى ما فيه الخير ، لخدمة تشريعاته ، وللسير على هدى نبيه الكريم ، فان كنا قد أصبنا في عملنا فذلك تسديد منه ورحمة ، وان كنا قد سهونا أو أخطأنا فحسبنا انه هو العفو الغفور .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

محبي هلال السرحان

بغداد في ٢٩ ربيع الاول ١٤٠٤هـ

١-٢-١٩٨٤م

الباب الأول

في مؤلف الكتاب

يضم هذا الباب فصلين

الفصل الأول : نبذة تاريخية عن عصر المؤلف

الفصل الثاني : المؤلف

الفصل الأول

نبذة تاريخية مختصرة عن عصر المؤلف

٥٥٨٣ هـ - ٦٤٢ هـ

١١٨٧ م - ١٢٤٤ م

وحالته السياسية والاجتماعية والثقافية

شهدت الحقبة الزمنية التي عاش فيها القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي الشافعي المعروف بابن أبي الدم (٥٨٣ هـ - ٦٤٢ هـ) حوادث جمة ، وتقلبات دامية .

فضلا عن اضطراب الحياة السياسية والفن التي نشبت في المشرق بين الدويلات الكثيرة آنذاك ، وانعكاس ذلك على الحياة الاجتماعية كانت جيوش الافرنج قد دخلت الشام ومصر ، فتضافرت قوى المسلمين لأجلاتهم ، وكان للأيوبيين دور كبير في رد هجماتهم ، لكن الأيوبيين ما لبث أمرهم الا قليلا حتى دبت بينهم عقارب الفتنة بعد وفاة صلاح الدين (سنة ٥٨٩ هـ) فتفرق أولاده وأصحابه أيادي سباً ، وتمزقوا^(١) ،

(١) هذه عبارة الذهبي في كتابه (سير أعلام النبلاء) في ترجمة صلاح الدين وبنيه ضمن الترجمة رقم ١٤٧ من الجزء ٢١ منه بتحقيقنا بالاشتراك مع العلامة الدكتور بشار عواد معروف (تحت الطبع ٦ ، وانظر كلامه أيضا في العبر : ٢٧٦/٤ ، وما بعدها ، وانظر وصف أحوالهم بإسهاب في الكامل : ٢٢٧/٩ ، وما بعدها ، والمسجد المسبوك : ٢٢٢ ، والذيل على الروضتين : ١٩ وما بعدها . . .

فكانت بينهم حروب ووقائع استمرت زمنا ، الى جانب محاربتهم الامرنج
في الحروب الصليبية^(٢) التي استمرت مدة طويلة .

كل هذا يجرى مقترنا مع ابتداء أمر التار في المشرق سنة ٦٠٦هـ ،
وخروجهم من بلادهم الى نواحي الترك وفرغاته^(٣) ، ثم خروجهم الى بلاد
الاسلام سنة ٦١٧هـ^(٤) ، وما رافق ذلك من المعارك الدامية مما كان له
الشأن الكبير في خلق جو من الاضطراب ، ترك آثاره السيئة في تردي
أحوال البلاد المعاشية والعمرانية في عموم أرجاء الدولة المملوكية الأطراف ،
في الشرق والغرب ، فتضعفت أحوال البلاد ، لاسيما السواحل الشرقية
للبحر الأبيض المتوسط ، وما جاورها من الحواضر ، كبيت المقدس ،
ودمشق وحلب وحمص وحماء (موطن المؤلف) اذ كانت هذه المناطق
مسرعا لحروب كثيرة شغلت الناس كثيرا عن معاشهم .

ومع هذه الاضطرابات ، شهدت هذه الحقبة أيضا حركة علمية
مثمرة ، تناولت شتى جوانب المعرفة ، على خلاف ما هو متوقع :
فقد توافست تلك الدويلات في تقريب العلماء والأدباء والفقهاء والمؤرخين
والمحدثين والفلاسفة والمفسرين ازدان بهم العصر شرقا وغربا ، وغنيت
بنتاجاتهم دور العلم ومكتباته ، كالقاضي الفاضل^(٥) (المتوفى ٥٩٦هـ)

(٢) انظر بشأن الحروب الصليبية : ستيفن رنسيمن : تاريخ الحروب
الصليبية ، نقله الدكتور السيد الباز العريني (دار الثقافة
بيروت ١٩٦٧) .

(٣) تاريخ الخلفاء للسيوطي : ٤٥٦ ، ٤٦٨ .

(٤) الكامل لابن الأثير : ٣٢٩/٩ .

(٥) أبو علي عبد الرحيم بن علي البيساني المترجم له في وفيات الأعيان
١٥٨/٣ رقم ٣٧٤ ، الكامل : ٢٥١/٩ ، طبقات السبكي : ١٦٦/٧
رقم ٨٧١ .

وابن الجوزي^(٦) (المتوفى ٥٩٧ هـ) والعماد الأصبهاني^(٧) (المتوفى ٥٩٧ هـ) والفخر الرازي^(٨) (المتوفى ٦٠٦ هـ) والامام الرافعي^(٩) صاحب الشرح الكبير (المتوفى ٦٢٣ هـ) وعزالدين بن الأثير^(١٠) المؤرخ (المتوفى ٦٣٠ هـ) والزكي البرزالي^(١١) (المتوفى ٦٣٦ هـ) وتاج الدين بن حمويه^(١٢) شيخ الشيوخ (المتوفى ٦٤٢ هـ) وابن الصلاح^(١٣) (المتوفى

(٦) أبو الفرج عبدالرحمن بن علي ، المترجم له في الوفيات : ١٤٠/٣ ، رقم ٣٧٠ ، ذيل طبقات الحنابلة : ٣٩٩/١ ، رقم ٢٠٥ ، مرآة الزمان : ٤٨١/٨ ، وقد كتبت دراسة عن تفسيره (زاد المسير) في كتابنا (مناهج المفسرين) : ١٥٧ .

(٧) أبو عبدالله محمد بن محمد القرشي : المترجم له في معجم الأدباء : ١١/١٩ ، مرآة الزمان : ٣٧٢/٨ ، مقدمة الخريدة بأقسامها .
(٨) أبو عبدالله محمد بن عمر المترجم له في الوفيات : ٢٤٨/٤ ، رقم ٦٠٠ ، الوافي : ٢٤٨/٤ ، وقد كتبنا دراسة عن تفسيره في كتابنا (مناهج المفسرين) ص ١٨٩ .

(٩) أبو القاسم عبدالكريم بن محمد القزويني المترجم له في تهذيب الأسماء واللغات : ٢٦٤/٢ ، فوات الوفيات : ٧/٢ ، طبقات السبكي : ٢٨١/٨ ، رقم ١١٩٢ .

(١٠) أبو الحسن علي بن محمد المترجم له في الوفيات : ٣٤٨/٣ ، رقم ٤٦٠ ، طبقات السبكي : ٣٦٦/٨ ، رقم ١٢٦٢ ، حسن المحاضرة : ٤١١/١ .

(١١) أبو عبدالله محمد بن يوسف ، المترجم له في تذكرة الحفاظ : ٢٠٨/٤ ، الشفوات : ١٨٢/٥ ، الصبر : ١٥١/٥ .

(١٢) أبو محمد عبدالله بن عمر ، المترجم له في مرآة الزمان : ٩٩/٩ ، النجوم الزاهرة : ٢٥٠/٦ ، البداية والنهاية ١٦٥/١٣ .

(١٣) تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن ، المترجم له في الوفيات : ٢٤٣/٣ ، رقم ٤١١ ، طبقات السبكي : ٣٢٦/٨ ، رقم ١٢٢٩ ، ذيل الروضتين : ١٧٥ ، وقد كتبت ترجمة له مع دراسة في مقدمة رسالته أدب المفتي والمستفتي التي قمت بتحقيقها (تحت الطبع) .

٦٤٣هـ) وابن النجار^(١٤) (المتوفى ٦٤٣هـ) وغيرهم وهم كثيرون جدا
يتمرد عددهم على الحصر .
وسيرد فضل كلام بشأن حالة القضاء قبل المؤلف وفي عصره مما
يكون له صلة بهذا الفصل . كما سيرد تفصيل لحالة البلاد في موضوع
(نيابته عن صاحب حماة في مخاطبة الخليفة) .

★ ★ ★

(١٤) محب الدين أبو عبدالله محمد بن محمود المترجم له في فوات الوفيات :
٥٢٢/٢ ، معجم الأدباء : ٤٩/١٩ ، طبقات السبكي : ٩٨/٨ رقم
١٠٩٣ .

الفصل الثاني

مؤلف الكتاب

اسمه ونسبه ونسبته :

(١) هو القاضي شهاب الدين^(١) ، أبو اسحاق ابراهيم^(٢) بن عبدالله

(١) في معجم المصنفين للتونكي (٣/٢١١) : شهاب وهو تصحيف مطبعي .

(٢) المصادر التي ترجمت لابن أبي الدم وذكرت شيئا من أخباره والنقل عنه على قسمين قديمة وحديثة ، فمن المصادر القديمة التي نقلنا عنها هذه الترجمة ما ندونه هنا مرتبا على وفق وفيات مؤلفها :

الأعلاق الخطيرة في ذكر أمراء الشام والجزيرة لابن شداد (المتوفى ٦٨٤هـ) ٣/٣٢ ، ٥٨٠ ، صلة التكملة لوفيات النقلة لشرف الدين الحسيني (المتوفى ٦٩٥هـ) - مخطوط مصور عن نسخة كوبريللي رقم ١١٠١ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ ، مفرج الكروب في أخبار بني أيوب لابن واصل (المتوفى ٦٩٧هـ) : ٤/١٧٤ ، ٢٧٠ ، ٨٥/٥ ، ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ، المختصر في أخبار البشر لأبي الفدا (المتوفى ٧٣٢هـ) ط : دار الكتاب اللبناني : ٦/٧٦ ، سير أعلام النبلاء للذهبي (المتوفى ٧٤٨هـ) مخطوط مصور عن نسخة السلطان أحمد الثالث باستانبول ، رقم ٢٩١٠ ج : ١٣ الورقة ٢٤٩/١ - ٢٤٩/ب ، تاريخ الاسلام للذهبي أيضا - مخطوط مصور من نسخة أيا صوفيا رقم ٣٠١٣ الورقة ١/١٤ ، تاريخ ابن الوردي (المتوفى ٧٤٩هـ) : ٢/٢٥٠ ، الوافي بالوفيات للصفدي (المتوفى ٧٦٤هـ) : ٦/٣٣ رقم الترجمة : ٢٤٦٥ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (المتوفى ٧٧١هـ) : ٨/١١٥ رقم الترجمة ١١٠٧ ، وأورد عنه نقولا في ج ٤ ص ٧٢ ، ٧٣ ، ١١٠ ، ١٧٣ ، ج ٨ ص ٣٣٦ ، طبقات الشافعية للأسنوي (المتوفى ٧٧٢هـ) ج : ١ ص : ٥٤٦

رقم الترجمة ٥٠٤ ، حياة الحيوان للدميري (المتوفى ٨٠٨ هـ) في مادة (الزرافة) ج : ٢ ، ص : ٦ - ٧ ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (المتوفى ٨٥١ هـ) مخطوط مصور في مكتبة الدراسات العليا بكلية الآداب بجامعة بغداد رقم ١٤٩٠ الورقة : ١/٧٨ ، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني (المتوفى ٨٥٢ هـ) : المجلد الرابع ص ١٤٦١ ، الاعلان بالتوبيخ لمن ذم التاريخ للسخاوي (المتوفى ٩٠٢) ط : القدسي : ٢٥ ، ٨٩ ، ١٤٧ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، وقابل ذلك بما في طبعة استاذي الدكتور صالح أحمد العلمي : ٥٠ ، ١٦٠ ، ٢١٠ ، ٣٠٦ ، ٣١٥ ، ٣١٨ ، شذرات الذهب لابن العماد (المتوفى ١٠٨٩ هـ) : ٢١٣/٥ ، كشف الظنون لحاجي خليفة (المتوفى ١٠٦٧ هـ) ص : ٤٧ ، ٢٧٦ ، ٣٠٥ ، ١٢١٨ ، ١٢٥٥ ، ١٤٤٦ ، ١٧٢٢ ، ٢٠٠٨ ، هدية العارفين لاسماعيل باشا البغدادى (المتوفى ١٢٣٩ هـ) : ١١/١ .

ومن المصادر الحديثة : معجم المؤلفين : ٥٣/١ ، الاعلام (ط : ٤) ٤٩/١ ، تذكرة النوادر للندوي : ٨٢ رقم الكتاب : ٩٢ ، معجم المصنفين للتونكي : ٢١١/٣ ، رقم الترجمة : ١٤٤ ، تاريخ حماة للصابوني : ١٠٢ ، تاريخ الأدب العربي لعمر فروخ : ٧٤١/٣ ، تاريخ آداب اللغة العربية لجرجي زيدان : ٨١/٣ ، دائرة المعارف للبستاني (بيروت ١٩٥٨) مجلد ٢ ص ٣٠٣ ، فهرس المخطوطات المصورة قسم ٢ ج ٢ ص ٣١ - ٣٢ ، نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا لرمضان ششن : ٢٢/١ رقم ١٥ ، وما كتبه الدكتور مصطفى جواد في حاشيته على تكملة اكمال الاكمال لابن الصابوني : ٢٩٥ وفيه أنه ذكره الزكي المنذري والصواب ان الذي ذكره هو شرف الدين الحسيني في صلة التكملة ، وما كتبه عدنان قبطاز بعنوان (ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الايوبي - حياته وآثاره) في مجلة التراث العربي دمشق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، أيار ، ١٩٨٠ ص : ٢٢٤ - ٢٣٢ ، وما كتبه الدكتور مصطفى الزحيلي في مقدمة كتابه آداب القضاء ، وما كتبه المستشرق فرانز روزنثال في كتابه : علم التاريخ عند المسلمين : ٢٠٤ ، ٤١٨ ، ٥٢٨ ، ٥٧٨ ، ٦٧٤ ، ٦٨٣ ، ٦٨٦ ، وما كتبه المرحوم عباس العزاوي في كتابه :

ابن عبد المنعم^(٢٣) بن علي بن محمد بن فاتك^(٤) بن محمد بن زيد بن أبي الدم الهمداني الحموي الشافعي .
فالهمداني : بفتح الهاء وسكون الميم وفتح الدال المهملة وبعد الألف
نون ، نسبة الى همدان ، وهي كما يقول ابن خلكان قبيلة عظيمة
باليمن^(٥) .

التعريف بالمؤرخين في عهد المغول والتركمان : ٦١/١ رقم : ٧ .
وانظر :

C. Brockelmann: G.I. : 346, S. I: 588.

De Slane: Catalogue des manuscrits arabes:
199, No. 996.

Arthur J. Arberry: The Chester Beatty library,
a handlist of the arabic manuscripts Vol. VI P. 156
No. 4992.

F. Rosenthal: Ibn abi Dam (article in the
Encyclopedia of Islam-new edition Leiden E.J.
Brill, Vol. III, 1971) P. 683.

وهناك نقول عن ابن أبي الدم في الكتب الفقهية وغيرها سندكرها .
(٣) في تاريخ آداب اللغة العربية لجرجي زيدان : عبد المؤمن بدل
عبد المنعم وهو سهو ، انظر ج ٣ ص ٨١ .

(٤) وفي الطبقات الوسطى للسبكي : (مالك ، وقيل : فاتك بن محمد بن
زيد) انظر هامش الطبقات الكبرى : ١١٥/٨ ، وفي الطبعة القديمة
من الطبقات الكبرى (ط : الحسينية ١٣٢٤ هـ) : (فاتك بن
زيد) وقد اكتفت الطبعة الجديدة من طبقات الشافعية الكبرى
(ط ١ عيسى الحلبي ١٩٦٥ - ١٩٧١ ، ج ٨ ص ١١٥) بقولها :
فاتك بن محمد بن أبي الدم ، وما أثبتناه هو الموافق لما ثبت على
ورقة الغلاف من نسخة الأصل ونسخة دار الكتب المصرية المرقمة
١٢ فقه حنفي حليم التي رمزنا اليها بنسخة (ب) .

(٥) وفيات الأعيان : ١٩٧/٢ ضمن الترجمة ٢٠١ ، وفي عجالة المبتدي

ولادته :

ولد ابن أبي الدم في حماة في الحادي والعشرين من جمادى الأولى (٦) سنة ثلاث وثمانين وخمسمائة (الموافق ٢٩ تموز - يولييه -

وفضالة المنتهى في النسب للحازمي الهمداني : أن الهمداني الذي نسبت إليه هذه القبيلة اسمه أوسلة بن مالك بن زيد بن ربيعة بن أوسلة بن الخيار بن مالك بن زيد بن كهلان بن سبأ الشعب العظيم ينسب إليه بشر كثير من الصحابة والتابعين فمن بعدهم من العلماء والشعراء (ط : ٢ : الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية بالقاهرة ١٩٧٣ ص ١٢٥) وهو ما ذكره ابن الأثير في اللباب (ط مكتبة المثنى بغداد) ٣/٣٩١ ، وانظر لب الألباب في تحرير الأنساب للسيوطي : ٢٧٩ ، تبشير المنتبه بتحرير المشتبه : ١٤٦١/٤ ، الاكلیل للهمداني تحقيق انستاس الكرملي ط : بغداد ج ٨ ص ٢٩٧ .

(٦) رجح الدكتور محمد مصطفى الزحيلي أن ولادته كانت في جمادى الآخرة (مقدمة كتاب أدب القضاء : ص ٩) اعتمادا على ما ذكره تاج الدين السبكي (طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٥) ، وأحال الزحيلي لتأييد قوله على أربعة مصادر ، ثلاثة منها لم تذكر الشهر الذي حدثت فيه ولادته ، وهي الاعلام والمختصر لأبي الفدا وتتمته لابن الوردي ، أما الرابع وهو طبقات الاسنوي فقد ذكر الاسنوي أن ولادته كانت في جمادى الاولى ، وليست في جمادى الآخرة كما زعم ، وقد تابع السبكي على ذلك بروكلمان في الأصل : ١/٤٣٦ ، والمنهق : ١/٤٨٨ ، وقابله بالميلادي بتاريخ ٢٩/٩/١١٨٧ ، ونقل التونكي (معجم المصنفين : ٣/٢١٢) كلام التاج السبكي بنصه . والذي يؤكد صحة ما ذكرنا أن الذين ذكروا ولادته ممن سبقوا التاج السبكي ذكروا أنها كانت في جمادى الاولى ، فانظر صلة التكملة لوفيات النقلة لشرف الدين الحسيني الصفحة ٢٠٨ من المخطوطة ، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة الورقة ٧٨/١ ، فضلا عن ذكر الاسنوي المعاصر للتاج السبكي (طبقات الاسنوي : ١/٥٤٦) ، وجاء من بعدهم ابن العماد في الشذرات : ٥/٢١٣ ، كلهم ذكروا أن ولادته كانت في التاريخ المذكور من جمادى الاولى ، فليعلم ذلك .

١١٨٧ م (٧) .

حياته اجمالا ووظائفه التي شغلها :

١ - نشأته وطلبه العلم ورحلته

نشأ ابن أبي الدم وترعرع في أرض موند (حماة) ، وبها تلقى تعليمه الاول .

ثم رحل الى بغداد منذ عهد مبكر من حياته ، ففقه بها على مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه ، وحصل منه جملة صالحة^(٨) ، فسمع بها من الشيخ أبي أحمد عبد الوهاب بن علي البغدادي الأمين المعروف بابن سكين^(٩) .

وقد ذكره المؤرخ الفيلسوف ابن واصل في تاريخه (مفرج الكروب في أخبار بني أيوب) غير مرة^(١٠) عند النقل من تاريخه ، منها قوله : « سافر في صباه الى بغداد ، واشتغل بالعلم ، وخلع عليه الخليفة الامام الناصر لدين الله ، وقدم الى حماة وعليه خلعة الخليفة »^(١١) .

(٧) مقابلة التاريخ الميلادي مأخوذة عن دائرة المعارف الاسلامية النسخة

الانكليزية بطبعتها الجديدة : ٦٨٣/٣ .

(٨) صلة التكملة - مخطوط - الصفحة : ٢٠٨ .

(٩) تاريخ الاسلام للذهبي - مخطوط - نسخة مكتبة أبا صوفيا المرفقة

٣٠١٣ الورقة ١/١٤ ، وسير أعلام النبلاء (نسخة أحمد الثالث رقم

٢٩١٠) ج ١٣ الورقة ٢٤٩/١ وستأتي الإشارة الى ترجمته في موضوع

شيوخه .

(١٠) د . مصطفى جواد : هامش تكملة اكمال الاكمال في الأنساب والأسماء ،

والألقاب لابن الصابوني : ٢٩٦ ، وانظر مفرج الكروب : ١٧٤/٤ ،

٢٧٠ ، ٨٥/٥ ، ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ .

(١١) مفرج الكروب في أخبار بني أيوب : ١٧٤/٤ .

قال الذهبي (١٢) :

« ثم سافر الى حلب ودمشق والقاهرة طالبا للعلم ، وقد حدث هناك بجزء الفطريف » (١٣) .

ويرد في ثانيا كتاب (أدب القضاء) الذي تقوم بتحقيقه ، أنه قد سافر الى الموصل ، وأخذ عن مشايخها آنذاك (١٤) .

٢ - تولى القضاء بحماة وقيامه بتدريس الفقه :

وفي سنة ٦٢٢ هـ ولاء الملك الناصر القضاء بحماة (١٥) فقام بالامر خير قيام ، وظل على القضاء وهو يقوم الى ذلك بتدريس الفقه الشافعي ،

(١٢) سير اعلام النبلاء - مخطوط - ج ١٢ الورقة ١/٢٤٩

(١٣) الفطريف : هو أبو أحمد محمد بن أحمد بن الحسين بن القاسم ابن السري بن الفطريف بن الجهم الفطريمي العبدي الجرجاني الرباطي ، من علماء المحدثين ومتقنيهم صواما قواما صالحا فقه ، حدث عن ابن خزيمة وابن ناجية وغيرهما ، وحدث عنه رفيقه أبو بكر الاسماعيلي وأبو نعيم الاصبهاني والقاضي ابو الطيب ، توفي ابن الفطريف سنة ٢٧٧ انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ٤/٦٧١ . رقم الترجمة ٩١٢ تاريخ جرجان للسهمي : ٢٨٧ ، لسان الميزان : ٣٥/٥ رقم ١٢١ ، الشذرات ٣/٦٠ ، معجم المؤلفين ٢/٦٨ ٨/٢٥٤ ، وجزؤه المسمى باسمه (جزء الفطريف) هو في الحديث اسمه (المستد الصحيح على كتاب البخاري) حدث به من حديث القاضي أبي بكر الطبري (انظر كشف الظنون : ١/٥٨٨ ، طبقات السيكي : ١٢/٥ ، ٢٨/٩ ، ٨٩/١٠ ، المعبر : ٥/٣ - ٦ ، اللباب : ٢/٣٨٥ .

(١٤) أدب القضاء الفقرة : ٤٧٨ .

(١٥) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٢٢) ج ٤ ص ١٧٤ .

كما تنبىء مقدمة كتابه أدب القضاء^(١٦) .

٣ - عزمه على أداء الحج :

وبقى على قضاء حمة عقدا من السنين حتى اذا عزم على أداء مناسك الحج سافر في سنة ٦٣٩هـ الى جهة العراق بنية الحج مع الحاج العراقي ، واستتاب بحمة القاضي شمس الدين ابراهيم بن عبدالله البارزي^(١٧) . قال ابن واصل :

« ولما وصل الى بغداد سافر مع الحاج العراقي ، ولما وصلوا الى منزلة يقال لها (لينة) قطع عليهم العرب الطريق ، وجرت عليهم شدة عظيمة ، ورجعوا الى بغداد فخلع الخليفة على القاضي شهاب الدين ، وعاد الى حمة في السنة القابلة »^(١٨) .

٤ - قيامه بمهام السفارة بين صاحب حمة وبين الملوك من بني أيوب :

ولما استولى الملك المظفر (تقي الدين أبو الفتح محمود بن الملك المنصور) على حمة وبلادها سنة ٦٣٦هـ^(١٩) وتكشف له صلاح القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم وتقواه وورعه وشدة تحرزه وإخلاصه وتفانيه في خدمته ، وثبت من كونه مرضيا معتمدا لديه ، استخدمه في السفارة والترسل عنه في الأمور السياسية بينه وبين سائر الملوك من بني أيوب وغيرهم :

يحكى لنا ابن واصل نبذة عن سفارته بين الملك المظفر والملوك

(١٦) أدب القضاء الفقرة : ٣ .

(١٧) قاضي حمة المتوفى ٦٦٩هـ انظر ترجمته في الشفارات : ٣٢٨/٥ .

(١٨) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٣١هـ) ج ٥ ص ٨٥ - ٨٦ .

(١٩) مفرج الكروب : ٢٧٠/٤ .

الأيوبيين ، مينا منزله عنده وعند سائر الملوك ، فقال في حوادث سنة ٦٣٧هـ :

« كان الملك المنظف يخطب للملك الصالح نجم الدين أيوب وهو معتقل في الكرك ، ثم قطع خطبته ، وسير القاضي شهاب الدين ابراهيم ابن عبدالله بن أبي الدم قاضي حماة رسولا في الظاهر الى الملك الصالح عماد الدين اسماعيل ، والملك الناصر ، والملك العادل ، وحمله رسالة في الباطن الى الملك الناصر داود يشير عليه باخراج السلطان الملك الصالح ، ومساعدته على قصد الديار النصرية ، فتوجه القاضي شهاب الدين الى دمشق ، وأدى رسالته الى الملك الصالح اسماعيل ، ثم توجه الى نابلس ، فأدى الرسالة الباطنة للملك الناصر المتضمنة اخراج الملك الصالح نجم الدين أيوب ، فوعده الملك الناصر بذلك وحلف له عليه وأعلمه يده على ذلك ، ثم توجه الى مصر ، وأدى الى الملك العادل رسالة مضمونها أن مخدومه الملك المنظف قد قطع خطبة الملك الصالح نجم الدين أيوب ، وما بقي الا الانتماء اليه والدخول في طاعته وطلب اليمن للملك المنظف فانزله الملك العادل وأكرمه غاية الاكرام » (٢٠) .

ومن ذلك تتضح منزلة القاضي شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله ابن أبي الدم ، عند الملوك الأيوبيين ، وقيامه بدور كبير في رسم السياسات القائمة آنذاك .

٥ - نيابته عن صاحب حماة في مخاطبة الخليفة :

ولأمانة القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم في سفارته ، وحسن تديره ومعالجته للأمور بالخبرة والحكمة وحسن السياسة

(٢٠) مفرج الكروب : ٢٥١/٥ - ٢٥٢ .

صار الملك المظفر يعتمد عليه غاية الاعتماد في مخاطباته ومحادثاته حتى مع الخليفة :

يحكي لنا صديقه انزال له والمصاحب له في سفره المؤرخ ابن واصل ، وصفا تفصيلا لسفرة قام بها بمعية القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الذي أرسله الملك المظفر الى الخليفة المستعصم بالله ، مهثا له بالخلافة ، ومعزيا له بوفاة أبيه المستعصم بالله (الذي توفي سنة ٦٤٠ هـ) (٢١) فقال في حوادث سنة ٦٤١ هـ واصنا حالة البلاد المضطربة بشيء من التفصيل وموضحا ما كان لديهم من الرسوم في السفارة •

« وفي هذه السنة سير الملك المظفر صاحب حماة القاضي شهاب الدين أبا اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم رسولا الى الخليفة المستعصم بالله مهثا له بالخلافة ، ومعزيا بأبيه المستعصم بالله •

ونفذ معه ثيابا طلعا ، برسم القبر ، وألف دينار برسم الصدقة عنه ، ومعه أيضا رسالة الى الملك السعيد نجم الدين غازي ابن الملك المنصور أرتق صاحب مازدين ورسالة الى السلطان الملك الناصر صاحب حلب ، ورسالة الى بدر الدين لؤلؤ صاحب الموصل •

وتقدم الى الملك المظفر بالمسير معه ، فسافرنا من حماة مستهل المحرم ، ومضينا الى حلب ، فأقمنا بها أياما ، ثم مضينا الى حران ، ومنها الى ديسر ، وبلغنا ونحن فيما بين رأس عين وديسر حركة التتر ، وقصدتهم بلاد الروم •

(٢١) تاريخ الخلفاء للسيوطي : ٤٦٣ •

ثم صعدنا الى ماردين ، وأقمنا بها يوما واحدا ، وقد قويت الأخبار
بحركة التتر .

ثم سرنا الى نصيين ، ووجدنا الخوارزمية ، وهي بأيديهم مقيمين
بها ، وهم يظهرون طاعة السلطان الملك الصالح نجم الدين صاحب مصر .
ثم وصلنا الى الموصل ، ونزلنا بخانقاه على الشط ، ووجدنا بالموصل
محيي الدين بن الجوزي رسول الخليفة وهو يريد التوجه الى بلاد الروم
رسولا الى السلطان غياث الدين كيخسرو ، وكان بدرالدين في تلك الأيام
داخلا في طاعة التتر ، وهو متم اليهم ، ويهاديهم ، ويراسلهم ، وكان
بينه وبين الملك السعيد صاحب ماردين تنافر ، فأخذ القاضي شهاب الدين
في الاصلاح بينهما ، وذلك بتقديم من مخدومه الملك المظفر اليه بذلك .

ثم توجهنا الى بغداد في دجلة في ركوة أعطانا اياها بدرالدين ،
وسارت الدواب في البر .

وحين وصلنا تكرت طولع الديوان ببطاقة حمام بوصولنا ، ووصلنا
الى المزرقه ، فنزلنا بها ، حتى جاءنا من جهة الديوان من وصلنا معه على
الظهر الى بغداد .

فعدوا بنا الى بغداد ، وأمرنا بالنزول في جامع السلطان ، حتى خرج
الموكب لتلقينا ، ودخلنا بغداد ، فنزلنا بقراح القاضي ، وكان النائب في
الوزارة بها رجلا يقال له نصير الدين ، وهو شيخ فأن مقعد ، فأدى القاضي
شهاب الدين الرسالة .

ورجعنا ، بعد أن أقمنا شهرين ، فلما وصلنا الى الموصل اجتمعنا
بصاحبها بدرالدين لؤلؤ ، فأخبرنا بأن التتر استظهروا على المسلمين ببلاد
الروم وكسروهم ، وان غياث الدين صاحب البلاد انهزم الى بعض المعقل ،

نوجهنا الى نصيين ، واجتمعنا بالأمير حسام الدين بركة خان مقدم الخوارزمية ، وتحدثنا معه في معنى القيام بنصرة السلطان الملك الصالح نجم الدين والمضى بالخوارزمية الى خدمته ومعاذته على أعدائه ، فوجد بركة خان بذلك ، وكان حديثه لنا بواسطة ترجمان بنتا وبينه .

• وعدنا الى حماة فدخلناها في احدى الجمادين من هذه السنة .
• وسمعنا عند وصولنا الى حلب ما جرى على المسلمين ببلاد الروم ،
• ووجدنا خلقا من الجافلين من تلك البلاد .
• واضطرب الشام لذلك اضطرابا كبيرا .
• ووجدنا بحلب القاضي أفضل الدين الخونجي ، وكان قاضيا ببلاد الروم ، وهو على عزم المضي الى الديار المصرية .
• ونظمت (والكلام لابن واصل) وأنا بحلب أحياتا ذكرت فيها المنازل بين بغداد وحماة وهي :

طواها سراها حين طال سفارها
وأحلها تهجيرها وأبتكارها (٢٢)

وظل القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم على مكاته ومترلته عند صاحب حماة حتى بعد وفاة الملك المنصور ، يفوم بدور نيابته عن صاحب حماة الى الخليفة ، كما سيتضح ذلك من موضوع (وفاته) .

٦ - رد شبهة في أنه ولي قضاء همدان :

وقد ذهب بعض الباحثين المحدثين الى أنه ولي قضاء همدان (٢٣)

(٢٢) مفرج الكروب - حوادث سنة ٦٤١هـ - ج ٥ ص ٣٢٣ - ٣٢٥ .

(٢٣) انظر عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر

المدينة المعروفة ببلاد العجم ، وقد تصحفت عليه كلمة همدان بدال مهملة الى همدان بدال معجمة .

ومبعث ذلك الوهم ، التصحيف الحاصل في الكلمة في المطبوع من شذرات الذهب فقد جاءت العبارة فيه كما يأتي :

« وولى قضاء بلد همدان باسكان الميم ، وهو حموي ، ولى قضاها أيضا » (٢٤) .

كذا بدال معجمة ، وهو خطأ مطبعي يردده قوله باسكان الميم ، لأن همدان بالتحريك ، كما ضبطها الجغرافيون منهم ياقوت^(٢٥) وابن عبدالمؤمن^(٢٦) ، فاذا نالوا باسكان الميم نفى ذلك في التفريق .

ولان الأقدمين قد ضبطوا الكلمة حين كتابتها منهم شرف الدين الحسيني في صلة التكملة^(٢٧) ، وقد ضبطها الذهبي بخطه ، كما فعل في كتابه تاريخ الاسلام^(٢٨) (انظر نسخة المؤلف الموجودة في ايا صوفيا) ، ونص عليها ابن حجر العسقلاني في تبصير المنتبه بتحريр المشتبه^(٢٩) ، فقال في مادة الهمداني : « بالفتح والسكون والبدال المهملة » ثم ذكر من

الأيوبي الأول حياته وآثاره مقالة في مجلة التراث العربي - دمشق -

العدد الثاني السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٦ .

(٢٤) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

(٢٥) معجم البلدان - دار صادر - (مادة همدان) ٤١٠/٥ .

(٢٦) مرصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع - تحقيق البجاوي (مادة همدان) ١٤٦٤/٣ .

(٢٧) صلة التكملة لوفيات النقلة (مخطوط) الصفحة ٢٠٨ .

(٢٨) تاريخ الاسلام - مخطوط الورقة ١/١٤ .

(٢٩) المجلد ٤ ص ١٤٦١ .

يسب إليها ، وعد كثيرين ذكر صاحبنا منهم فقال : ومنهم « أبو اسحاق
ابراهيم بن عبدالله الهمداني قاضي حماة يعرف بابن أبي الدم حدث عن
أبي أحمد بن سكينه » (٣٠) فنص على موضع التصحيف لثلا يشبهه في
نسبه أحد .

ثم ان قول ابن العماد الحنبلي (همدان باسكان الميم) جملة معترضة
كما قال الدكتور مصطفى جواد (٣١) حين ذكر ترجمته استطرادا .

واستدل القائلون انه ولي قضاء همدان (بالذال المعجمة) بوجود
ترجمة فارسية لابن أبي الدم وقف عليها الدكتور سهيل زكار (٣٢) .

وان حماة لم تكن موطن القبائل اليمانية في الماضي بخلاف حمص ،
ولم يسكنها أو يجاورها أية قبيلة يمانية ، ولذلك انهدمت في حماة النزاعات
بين القيسية واليمانية ، وعلى ضوء ذلك فان ابن أبي الدم همداني نسبة
الى همدان المدينة المعروفة ، وقد ولي قضاها ، وليس همدانيا نسبة الى
قبيلة همدان اليمانية (٣٣) .

وهو استدلال غريب ، ويأخذ القارئ العجب من هذا الاستدلال
الواهي لاسيما بعد ورود النص على نسبه عند المؤرخين القدامى الى
همدان القبيلة العربية ، والذين سبقوا ابن العماد الحنبلي الذي لم يقل
ما قالوه ولا يتحمل كلامه ما حملوه .

(٣٠) تبصير المنتخب : ١٤٦١/٤ .

(٣١) هامش تكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٦ .

(٣٢) مقالة الدكتور سهيل زكار في مجلة المعرفة السورية العدد ١٥٤

ص ٥٣ ومقالة احسان العظم ص ١٧٠ .

(٣٣) عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الأيوبي مجلة

التراث العربي العدد ٢ السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٣٠ .

ويشتد العجب حين يستكثرون على العرب ان يكون بينهم قاض
كأبن أبي الدم ، وهم أهل الفصل عند مجامع الخصومات ، فيحاول هؤلاء
أن يتزعموا شخصا من بين أحضان أمته ويلقوا به في أحضان أمة أخرى
تقوم الدلائل على نفيه عنها •

وعلى كل حال يكون ما ذكره زعماء يفتقر الى دليل ، لأن المصادر
القديمة لم تشر الى ولايته لقضاء همدان أولا ولو وليه لأشارت اليه •
هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد ان من السهولة ان نفترض
أن مبنى ذلك الزعم قائم على شيء واه لا يتعدى كونه تصحيحا مطبعا •
شيوخه وتلاميذه :

تلقى الشيخ شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، الحديث
والفقه والعلوم الأخرى على شيوخ كثيرين في بلدان متباعدة :

فقد سمع ببغداد في صباه حين رحل اليها من أبي أحمد عبد الوهاب
ابن علي البغدادي الأمين المعروف بابن مكينة^(٣٤) المحدث المشهور
(المتوفى ٦٠٧ هـ) •

وسمع بالقاهرة^(٣٥) من شيوخ كثيرين ، وحدث بها وبدمشق
وحلب^(٣٦) وحماة وبكثير من بلاد الشام^(٣٧) •

(٣٤) انظر ترجمته في التكملة لوفيات النقلة : ٣/٣٢٤ وفي هامشها
مصادر ، وانظر ذيل الروضتين : ٧٠ ، النجوم الزاهرة : ٢٠١/٦ ،
البداية والنهاية : ٦١/١٣ •

(٣٥) طبقات الشافعية لابن قاضي شبة : الورقة ٢/٧٨ ، وشذرات
الذهب : ٢١٣/٥ ، وطبقات السبكي : ١١٦/٨ •

(٣٦) الوافي بالوفيات : ٣٣/٦ : تاريخ الاسلام للذهبي : الورقة ٢/١٤
طبقات السبكي : ١١٦/٨ •

(٣٧) طبقات ابن قاضي شبة الورقة : ٢/٧٨ ، شذرات الذهب :
٢١٣/٥ •

ويشير ابن أبي الدم في ثنايا كتابه أدب القضاء الى أنه درس على بعض المشايخ بالموصل اذ يقول : « ووافقنا على ذلك بعض مشايخنا بالموصل » (٣٨) .

ورافقه ابن واصل في سفره وسفارته الى بغداد وغيرها (٣٩) فحدث أحدهما الآخر بما يحفظ .

ومن روى عنه .

جمال الدين أبو حامد محمد بن علي المحمودي المعروف بابن الصابوني (٤٠) (المتوفى ٦٨٠ هـ) ، ذكر ذلك في تكملة اكمال الاكمال ، وسماه (شيخنا) (٤١) .

وشهاب الدين أبو بكر الدشتي أحد شيوخ الحافظ الذهبي ، ذكره في سير أعلام النبلاء (٤٢) وفي التاريخ الكبير (٤٣) .

وأبو محمد ادريس بن محمد بن أبي الفرج بن مزير الحموي (٤٤)

(٣٨) الفقرة ٤٧٨ من هذا الكتاب .

(٣٩) مفرج الكروب (حوادث سنة ٦٤١) ج : ٥ ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٤٠) المترجم له في الوافي : ١٨٨/٤ ، الدارس في أخبار المدارس :

١١٠/١ ، شذرات الذهب : ٣٦٩/٥ ، وقد كتب الدكتور مصطفى

جواد في مقدمة كتابه تكملة اكمال الاكمال ترجمة مسهبة وفيها

مصادر ، وانظر معجم المؤلفين : ٦٢/١١ .

(٤١) تكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٥ .

(٤٢) سير أعلام النبلاء (مخطوط) ج ١٣ الورقة ٢٤٩ .

(٤٣) تاريخ الاسلام (مخطوط) الورقة ١/١٤ .

(٤٤) المترجم له في المشتبه : ٤٧٨ ، وتكملة اكمال الاكمال ص ٢٩٥ .

رقم الترجمة : ٢٨٥ ، الشذرات : ٤٢٣/٥ وجاء فيه اسمه (ابن

مزير) .

(المتوفى ٦٩٣هـ) اذ ذكر ابن الصابوني القاضي ابن أبي الدم في جملة
شيوخ ابن مزيه (٤٤) .

أخلاقه وصفاته :

كان الشيخ شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم ابن أبي الدم على خلق
ربيع وفضل عظيم « مهابة ، عفيفا ، ورعا ، لا يعرف الهزل في قول ولا
فعل » (٤٦) ، وله « فضائل وشهرة » (٤٧) .

قال شرف الدين الحسيني : « وكان وافر النضل حسن
الأخلاق » (٤٨) .

وشهد بفضله وعلمه معاصره ابن واصل فقال : « وكان فاضلا متفنا
في المذهب والأدب والتاريخ » (٤٩) .

أسرة ابن أبي الدم وذووه :

تشير المصادر التاريخية الى أن أسرة القاضي شهاب الدين أبي
اسحاق ابراهيم بن أبي الدم وذويه كانوا من أعيان بلدة حماة ووجوهها
الذين لهم الحل والعقد فيها :

نقد ذكر مؤرخ العصر الأيوبي العلامة محمد بن سالم المعروف
بابن واصل قريب القاضي ابن أبي الدم وتسميه (٥٠) وذلك في حوادث
سنة ٦٣٦هـ أنه « أرسل السلطان الملك الكامل الى الملك المظفر تقي الدين

(٤٥) تكملة اكمال الاكمال : ٢٩ .

(٤٦) الصابوني : أحمد بن ابراهيم : تاريخ حماة : ١٠٣ .

(٤٧) الذهبي : سير اعلام النبلاء ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب .

(٤٨) صلة التكملة : الصفحة ٣٠٩ .

(٤٩) مفرج الكروب : ج ٤ ص ١٧٤ .

(٥٠) الدكتور مصطفى جواد : هامش تكملة اكمال الاكمال في الأنساب

والأسماء والألقاب ص : ٢٩٦ .

محمود ، يأمره أن يتفق مع مماليك أبيه على تسليم القلعة اليه • وكان الملك المظفر نازلاً بظاهر البلد مع العسكر محاصراً له ، فراسلهم السلطان الملك المظفر في ذلك ، فأجابوه الى تسليم البلد والقلعة اليه ، وأرسلوا اليه من يستحلفه لهم ، ويستحلفهم له ، فخرج اليه جماعة من الأعيان أحدهم خال القاضي برهان الدين اسماعيل بن أبي الدم رحمه الله ، وهو ابن عم القاضي شهاب الدين بن أبي الدم ، وكان يومئذ متولى القضاء بحماة ، فاجتمعوا به بالجوسق الذي بناه الملك الناصر أخوه على العاصي شمالي تربة جدهما الملك المظفر تقي الدين عمر رحمه الله واستحلفوه لمن في القلعة ، واشترطوا عليه أن لا يدخل البلد الا بجماعته خاصة ، وأنه لا يدخله أحد من عسكر الملك الكامل ، فأجابهم الى ذلك » (٥١) •

مكانة ابن أبي الدم العلمية والأدبية :

تفقه الشيخ شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم على شيوخه الكثيرين فدرس المذهب الشافعي رضي الله عنه وحصل منه جملة صالحة ، كما يقول الشيخ شرف الدين الحسيني (٥٢) •

وظل يرتقي درجات العلم فيه حتى تبوأ منزلة علمية جملته « اماماً في المذهب الشافعي » كما يقول الأسنوي (٥٣) ، متفتناً فيه وفي التاريخ

(٥١) ابن واصل : مفرج الكروب في أخبار بني أيوب : ج ٤ ص ٢٧٠ - ٢٧١ •

(٥٢) صلة التكملة لوفيات النقلة (مخطوط) الورقة : ٢٠٨ •

(٥٣) طبقات الأسنوي : ٥٤٦/١ ، طبقات ابن قاضي شهاب الورقة ١/٧٨ •

شذرات الذهب : ٢١٣/٥ •

والآدب كما يقول ابن واصل^(٥٤) ، وألف مصنفات حسنة^(٥٥) تدل على فضله^(٥٦) وعلو منزلته عند أهل تلك العلوم :

ففي الفقه كانت كتبه موضع الاعتماد عند الفقهاء الذين أتوا من بعده ، يكترون من النقل عنه ، وكانت مطارحاته واجتهاداته في الفروع مثار اهتمام طائفة من أهل العلم أمثال الرافعي^(٥٧) وابن الرفعة^(٥٨) ، والتاج السبكي^(٥٩) ، وأبيه تقي الدين^(٦٠) ، والزرکشي^(٦١) ، والسيوطي^(٦٢) وغيرهم .

وسيأتي فضل كلام في موضوع (آثار كتاب أدب القضاء في ما تلاه من الكتب) متصل بهذا الموضوع .

ويهمنا هنا أن نشير إلى أن فقه هذا الرجل قد كتبت له الحياة والبقاء ، ولم يندثر كما اندثر فقه كثيرين ممن ألفوا ولم يعبأ بهم أحد ، هذا في الفقه .

(٥٤) مفرج الكروب : ١٧٤/٤ .

(٥٥) صلة التكملة لوفيات النقلة (منصوص) الورقة ٢٠٨ .

(٥٦) طبقات ابن قاضي شهاب : الورقة : ١/٧٨ ، شذرات الذهب :

٢١٣/٥ .

(٥٧) طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ .

(٥٨) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي : ١١٦/٨ ، ١١٧ ، ١١٨ ، طبقات

الأسنوي : ٣١٩/١ .

(٥٩) طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ .

(٦٠) فتاوى الشيخ تقي الدين السبكي : ٤٧٤/٢ ، ٤٧٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ،

وانظر طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ ، ١١٨ .

(٦١) البرهان في علوم القرآن : ٢٨١/١ - ٢٨٢ .

(٦٢) تدريب الراوي : ٢٨١/١ .

أما في التأريخ فقد « كان من أكابر المؤرخين المعروفين » كما يقول
العزاوي (٦٧) •

وكان كتابه « المظفري » مادة غزيرة للمؤرخين الذين أتوا من
بعده ، كما يستصح ذلك من الكلام على كتابه « التاريخ الكبير
المظفري » •

مما يدل على اعتماد القاضي شهاب الدين ابن أبي الدم عند المؤرخين
واشتهاره بينهم ، وتوثيقه لديهم •

أما في الأدب فقد ذكر المترجمون له أنه كان أدبياً له نظم جيد
ونثر فائق (٦٨) ، إلا أنني لم أجِد في ما تيسر لي من مصادر شيئاً من
نظمه ، وقد أفادني العلامة الدكتور بشار عواد معروف بما نصه :

« لم يذكر ابن الشعار الموصلي (المتوفى ٦٥٤هـ) في كتابه عقود
الجمالان في شعراء هذا الزمان (٦٩) القاضي شهاب الدين أبا اسحاق ابراهيم
ابن عبدالله المعروف بابن أبي الدم مع أنه من شرطه ، لأنه اشترط أن
يذكر كل من له أدنى عناية بالشعر بعد الستمائة ، وقد ذكر من هو
أقل منه » •

(٦٣) المحامي عباس العزاوي : التعريف بالمؤرخين : ٦١/١ •

(٦٤) سير أعلام النبلاء ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب ، طبقات ابن قاضي شهبة
الورقة ١/٧٨ ، شذرات الذهب : ٢٦٣/٥ ، صلة التكملة لوفيات
النقطة الورقة : ٢٠٨ • تاريخ الاسلام الكبير للذهبي الورقة :
١/١٤ ، الوافي بالوفيات : ٣٣/٦ - ٣٤ •

(٦٥) ابن الشعار الموصلي : عقود الجمالان في شعراء هذا الزمان - مخطوط
مصور عن نسخة مكتبة أسعد أفندي التي هي بخط المؤلف في خزانة
الدكتور بشار عواد معروف •

وعلى كل حال فقد أهله منزله العلمية وأستاذيته لكثير من أهل العلم في حماة لأن تكون له حظوة عند صاحب حماة ، يعتمد عليه ويجعله ممثلاً له وسفيراً الى الدول القائمة آنذاك ، بما أوتي من علم وحذق وبصيرة بالأمور العلمية والاجتماعية والسياسية القائمة آنذاك .

مؤلفاته :

ترك القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم جملة صالحة من الكتب تدل على فضله وعلمه منها :

١ - كتاب ادب القضاء :

وهو هذا الكتاب ، وسنفرد له كلاماً مستقلاً .

٢ - كتاب ايضاح الانغاليط الموجودة في الوسيط للغزالي :

ذكره اسماعيل باشا البغدادي (٦٦) ، ومنه نسخة مخطوطة في دار الكتب المصرية (٦٧) برقم ٢٨٢ فقه شافعي .

٣ - التاريخ الكبير المظفري :

ذكره الصفدي (٦٨) ، والذهبي (٦٩) ، وأبو الفدا (٧٠) ، وابن الوردي (٧١) ، وابن قاضي شهاب (٧٢) .

(٦٦) هدية العارفين : ١١/١ ، وانظر ما قاله بروكلمان بشأنه في ترجمة الغزالي : C. Brockelmann : S. 1 : 751

(٦٧) انظر فهرس الكتب العربية الموجودة بالدار لغاية ١٩٢١ ج ١ ص ٥٤٠ ، ٥٥٠ .

(٦٨) الوافي بالوفيات : ٣٤/٦ .

(٦٩) تاريخ الاسلام للذهبي : الورقة ١/١٤ .

(٧٠) المختصر في أخبار البشر مجلد ٢ قسم ٢ ص ٧٦ .

(٧١) تاريخ ابن الوردي : ٢٥٠/٢ - ٢٥١ .

(٧٢) طبقات ابن قاضي شهاب : الورقة ١/٧٨ .

وُسَمِيَتْهُ بِالتَّارِيخِ الْكَبِيرِ كَانَتْ تَمِيْزًا لَهُ عَنْ كِتَابِهِ الْآخَرِ فِي التَّارِيخِ ،
الَّذِي سَيَأْتِي .

وقد سماه حاجي خليفة مرة : (التارِيخ المظفري)^(٧٣) وأخرى :
(المظفري في التارِيخ)^(٧٤) ، وقد تصحف اسمه في الاعلان بالتوبيخ لمن
ذم التارِيخ الى (التارِيخ المقفى)^(٧٥) وقد نبه محققه الى ذلك
التصحيف^(٧٦) .

والتارِيخ المظفري وضعه القاضي شهاب الدين باسم الملك المظفر
(تقي الدين محمود ابن الملك المنصور محمد بن المظفر تقي الدين عمر
ابن شاهنشاه بن أيوب المتوفى ٦٤٢هـ) صاحب حملة^(٧٧) .

وهو غير كتاب (المظفري في علم التارِيخ) المنسوب الى المظفر بالله
أبي بكر محمد بن عبدالله بن مسلمة التجيبي الذي ذكره ابن خلكان في

(٧٣) كشف الظنون : ٣٠٥/١ .

(٧٤) كشف الظنون : ١٧٢٢/٢ .

(٧٥) الاعلان بالتوبيخ (ط : القدسي) ص ١٤٧ ، ١٥٢ ، وطبعة الدكتور

صالح العلي : ٣٠٦ ، ٣١٥ ، وطبعة روزنثال ضمن كتاب علم

التارِيخ عند المسلمين ترجمة الدكتور صالح العلي : ٦٧٥ ، ٦٨٣ .

(٧٦) والذي نبه على ذلك هو الدكتور صالح العلي فانظر طبعته للاعلان

ص ٣٠٦ وص ٣١٥ في الهامش ، وترجمته لكتاب علم التارِيخ عند

المسلمين ٦٧٥ ، ٦٨٣ في الهامش أيضا .

(٧٧) ترجم له الملك الأشرف الغساني في المسجد المسبوك : ٥٣٣ ، مفرج

الكروب : ٣٤٦/٥ ، تارِيخ ابن الوردي : ٢/٢٥٠ ، الاعلام (ط ٤) :

١٨٢/٧ ، وما ذكره محقق المطبوعة من مصادر ترجمته (أدب القضاء :

ص ١٢ من المقدمة) ليست له فان الذي ذكر في الوفيات وطبقات

النسبكي والنجوم الزاهرة ليس هو بل كان المقصود عند بعضهم جده

وعند الآخرين حفيده ، ولم يترجموا له فليُنظر ذلك .

ترجمة يوسف بن تاشفين (٧٨) .

والتاريخ الكبير المظفري كتاب جليل دون فيه المؤلف معلومات قيمة قال عنه حاجي خليفة : وهو تاريخ يختص بالملة الاسلامية (٧٩) وفي موضع آخر قال : وهو كتاب جامع يختص بالملة الاسلامية في ست مجلدات ذكره المؤيد في أول مختصره وهو من مآخذ (٨٠) .

وقد رتب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق بن أبي الدم كتاب التاريخ الكبير المظفري على الأحرف الهجائية مبتدئا بالسيرة النبوية ، وفد وصفه ووصف كتابه الآخر الحافظ شمس الدين السخاوي حين ذكر من ألف في مطلق التاريخ فقال :

« وللقاضي الفقيه الشهاب أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم بن أبي الدم عصري ابن الصلاح كتاب مفيد ، بل له آخر على الحروف ابتداءه بسيرة نبوية ثم بالفقهاء ، ثم بالمتكلمين ثم بالمحدثين ثم بالزهاد ، ثم بالنحاة واللغويين والمفسرين والرزاء والمقدمين ثم الشعراء ، كل هؤلاء من الحمدنين ، ثم سرد الكتاب على الحروف مبتدئا بالصحابة ثم بالخلفاء على الترتيب المذكور وختم بالنساء في كل حرف وسماه (التاريخ

(٧٨) وفيات الأعيان : ١٢٣/٧ ، ضمن الترجمة رقم ٨٤٤ ، وانظر كشف الظنون : ١٧٢٢/٢ .

(٧٩) كشف الظنون : ٣٠٥/١ .

(٨٠) كشف الظنون : ١٧٢٢/٢ ويقصد بالمؤيد : عماد الدين اسماعيل الملك المؤيد المعروف بأبي الفدا ومختصره هو كتاب المختصر في أخبار البشر فانظر ذلك في المختصر : ٣/١ ، وقد ذكر ذلك عمر فروخ في كتابه تاريخ الأدب العربي ٧٤١/٣ و ٧٦٨ .

المقفى (كذا وهو تصحيف المظفرى) (٨١) وقفت منه على مجلد كان عند الجمال بن سابق منه ثلاث مجلدات ، بل عنده التاريخ الآخر ، (٨٢) .
وقد نال التاريخ الكبير المظفرى عناية من المؤرخين القدامى واعتمدوه ونقلوا عنه .

فقد كان أحد المصادر التي رجع اليها ابن واصل (٨٣) وابن شداد (٨٤) والسخاوي (٨٥) وأبو الفدا (٨٦) وابن الوردي (٨٧) وابن حجر العسقلاني (٨٨) وغيرهم ، كان كتابه « خير مرجع لهم فهو مؤرخ عصره

(٨١) نبه محقق كتاب الاعلان بالتوبيخ الى ذلك التصحيف كما مر قبل قليل .

(٨٢) الاعلان بالتوبيخ لمن ذم التاريخ (طبعة القدسي) : ١٤٧ ، وطبعة الدكتور صالح العلي (بغداد) ٣٠٦ ، وعلم التاريخ عند المسلمين : ٦٧٥ .

(٨٣) مفرج الكروب : ١٤٧/١ ، ١٧٤/٤ ، ٢٧٠ ، ٨٥/٥ ، ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ .

(٨٤) الاعلاق الخطيرة : ج ٣ القسم الأول ص ٣٢ ، ج ٢ قسم ٢ ص ٥٨٠ .

(٨٥) الاعلان بالتوبيخ (ط القدسي) : ٢٥ ، ٨٩ ، ١٤٧ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، وط : بغداد : ٥٠ ، ١٦٠ ، ٢١٠ ، ٣٠٦ ، ٣١٥ ، ٣١٨ ، وعلم التاريخ عند المسلمين : ٢٠٤ ، ٤١٨ ، ٥٢٨ ، ٥٧٨ ، ٦٧٤ ، ٦٨٣ ، ٦٨٦ .

(٨٦) أبو الفدا : المختصر في أخبار البشر : ٣/١ ، وتاريخ الأدب العربي لعمر فروخ : ٧٤١/٣ .

(٨٧) تاريخ ابن الوردي ج ١ ص ١ ، وانظر تاريخ الأدب العربي لعمر فروخ ٧٦٨/٣ .

(٨٨) الاصابة : ٣١٨/٢ في ترجمة عبدالله بن سوريا .

وكانت له المكتبة المقبولة ، اذ نال شهرة طيبة كما يقول المزايي (*) .

وتبقى كتابته مصدرا مهما في تاريخ الحروب الصليبية والعصر الأيوبي (٨٩) لأنه عاش ذلك العصر وشاهد حوادثه ، ولأهميته تلك ترجمه الايطاليون منذ وقت مبكر القسم الخاص بصقلية وطبعوه في بالرمو سنة ١٦٥٠م (٩٠) .

ولهذا الكتاب نسخ مخطوطة ذكرها العلامة بروكلمان (٩١) وغيره واحدة منها في بانكي فور بالهند (٩٢) ورقمها ٢٨٦٨ في ١٩٧ ورقة وأخرى في مكتبة غوطا بألمانيا (٩٣) ورقمها ١٧٧ وهي تاريخ للخلفاء والملوك والوزراء والعلماء والشعراء وثلاثة في مكتبة (ديار بكر عثمان أوجاق) (٩٤) وهي مكتبة خاصة بمدينة آمد في تركيا في نحو ١٠٠ ورقة

(*) عباس المزايي : التعريف بالمؤرخين ج ١ ص ٦١ ، وانظر بدري محمد فهد : أدب القضاء بحث في مجلة المورد المجلد ٢ العدد ٢ ١٩٧٣ ، ص ٢٠٩ .

(٨٩) انظر عدنان قيطاز : ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر الأيوبي الأول : مجلة التراث العربي العدد ٢ السنة الاولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٤ .

(٩٠) انظر :

C. Brock. G. 346, F. Rosenthal, Encyclop. 3/683

وانظر دائرة المعارف للبستاني : ٣٠٣/٢ ، تاريخ آداب اللغة العربية لزيدان : ٨١/٣ ، الاعلام ط ٤ ج ١ ص ٤٩ .

(٩١) C. Brock. G. 1 : 346, S. 1 : 488.

(٩٢) نفس المصدر وانظر تذكيرة النوادر ص ٨٢ ، رقم ٩٢ والاعلام للزركلي : ط ٤ ، ٤٩/١ .

(٩٣) د. مصطفى جواد هامش ص ٢٩٦ من تكملة اكمال الاكمال لابن الصايوني .

(٩٤) د. رمضان ششن : نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا المجلد الأول ص ٢٢ رقم ١٥ .

ضمن مجموع كتب سنة ١٠٠٣ هـ .

ورابعة في مكتبة البلدية بالأسكندرية^(٩٥) ورقمها ١٢٩٢ ب في ٢٤٣ صفحة ومنها صورة في معهد المخطوطات^(٩٦) رقمها ٦٠٤ تبدأ هي ونسخة تركيا بقوله الحمد لله الأول الآخر الباطن الظاهر الظاهر ٠٠٠ ثم يقول : وجعلته تاريخا اسلاميا ابتدء فيه بعون الله بذكر المصطفى صلوات الله عليه وآله وسلامه وذكر نسبه وسيرته من ابتداء نشوئه الى بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، ثم انشأت بعد ذلك ذكر الخلفاء خليفة خليفة على سياق السنين الهجرية واذكر في ولاية كل خليفة من كان في زمنه من العلماء والفضلاء والمستحسن من أخبارهم وماجرياتهم على سبيل الاختصار وأختم ذلك كله بذكر ولاية مولانا السلطان المظفر أعز الله أنصاره ونصره ورفع في الدنيا والآخرة قدره .

والذي يبدو لي أن نسخة تركيا ونسخة مكتبة البلدية بالاسكندرية هما نسختان من كتابه المختصر الذي ألفه في التاريخ الذي سيأتي الآن بدليل أن المؤلف يقول في الصفحة ٢٣٣ من نسخة الاسكندرية : « وقد سقنا أخباره جملا في التاريخ الكبير وهذا المختصر لا يليق به التطويل »^(٩٧) .

(٩٥) المكتبة البلدية بالاسكندرية فهرس وضعه أحمد أبو علي (شركة المطبوعات المصرية بالاسكندرية ١٣٤٣/١٩٢٥) المجلد الأول ص ٤٠ .

(٩٦) فؤاد سيد : فهرس المخطوطات المصورة (التاريخ) قسم ٢ ج ٢ مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٦ ص ٣١ - ٣٢ .

(٩٧) التاريخ المظفري مخطوط (نسخة الاسكندرية) ص ٢٣٣ .

٤ - تاريخ ابن أبي الدم :

ذكره ابن قاضي شهبة^(٩٨) والسخاوي^(٩٩) وابن العماد^(١٠٠) وحاجي خليفة^(١٠١) وحسن التونكي^(١٠٢) وبروكلمان^(١٠٣) وروزنثال^(١٠٤) وجرجي زيدان^(١٠٥) وعمر رضا كحالة^(١٠٦) الى جانب ذكرهم لكتابه الآخر (التاريخ الكبير المظفري) .

وهو كتاب مختصر يتناول تاريخ الاسلام يبدأ بسيرة الرسول صلى الله عليه وسلم وهو حوادث ووفيات مرتباً على السنين الى سنة ٦٢٨هـ وفيه معلومات قيمة عن عصره استفاد منها مؤرخو الحروب الصليبية^(١٠٧) .

-
- (٩٨) طبقات الشافعية مخطوط - الورقة ٧٨ آ .
 (٩٩) الاعلان بالتوبيخ (ط القدسي) ص ١٤٨ وط بغداد ٣٠٦ ، وعلم التاريخ عند المسلمين ٦٧٥ .
 (١٠٠) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .
 (١٠١) كشف الظنون : ٢٧٦/١ .
 (١٠٢) معجم المصنفين : ٢١١/٣ .
 C. Brock. G. 1 : 346.
 F. Rosenthal: Encyclop. 3 : 683.
 (١٠٣)
 (١٠٤)
 (١٠٥) تاريخ آداب اللغة العربية ج ٣ ص ٨١ .
 (١٠٦) معجم المؤلفين : ٥٣/١ .
 (١٠٧) انظر على سبيل المثال د. سهيل زكار : مدخل الى تاريخ الحروب الصليبية (دار الفكر دمشق ط ١٩٧٥) ٣ ، ٧٨ ، ١٣٣ ، ١٣٧ ، ١٥١ ، ١٦٥ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٩ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥ ، ٢١٦ ، وانظر عدنان قيطان : ابراهيم بن أبي الدم مؤرخ العصر الأيوبي الأول : مجلة التراث العربي العدد ٢ السنة الأولى أيار ١٩٨٠ ص ٢٢٨ .

وقد ذكر العلامة بروكلمان^(١٠٨) أن لهذا التاريخ نسختا خطية :
منها واحدة في بتنا بالهند وأخرى في البودليان وثالثة في بانكي بور
في الهند •

وذكر جرجي زيدان^(١٠٩) أن للكتاب نسخة خطية في أوكسفورد •
ويمكن اعتبار نسختي التاريخ المظفري الموجودتين في المكتبة البلدية
وفي تركيا اللتين مرت الإشارة إليهما هناك نسختين من هذا الكتاب
لتطابق أوصافهما عليه •

٥ - تدقيق العناية في تحقيق الرواية :

ذكره العلامة بروكلمان^(١١٠) وذكر له نسخة مخطوطة في
الجزائر رقمها ٥٤٤ • وعنه نقل الزركلي^(١١١) وكحالة^(١١٢) وجرجي
زيدان^(١١٣) وهو كتاب في مصطلح الحديث^(١١٤) •

٦ - شرح مشكل الوسيط :

والوسيط في الفروع كتاب اختصره الامام أبو حامد محمد بن
محمد الغزالي الشافعي المتوفى ٥٠٥ هـ من كتابه البسيط^(١١٥) ، مع

(١٠٨) C. Brock. G. 1 : 346, S. 1 : 488.

(١٠٩) تاريخ آداب اللغة العربية : ٨١/٣ •

(١١٠) انظر : C. Brock. G. 1 : 346.

(١١١) الاعلام ط ٤ ٤٩/١ •

(١١٢) معجم المؤلفين : ٥٣/١ •

(١١٣) تاريخ آداب اللغة العربية ٨١/٣ •

(١١٤) F. Rosenthal: Encyclop III: 683. انظر :

وانظر عدنان قيطاز ابراهيم بن أبي الدم الحموي مؤرخ العصر

الأيوبي مجلة التراث العربي مصدر سابق ذكره : ٢٢٩ •

١١٥) كشف الظنون : ٢٠٠٨/٢ •

زيادات والبسيط في الأصل هو كالاختصار لنهاية المطلب في دراية المذهب^(١١٦) ، لأمام الحرمين الجويني المتوفى ٤٧٨هـ ، والبسيط هو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية^(١١٧) وقد شرحه واختصره كثيرون ومن شرحه القاضي شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن أبي الدم الحموي ، وقد وقع شرحه في نحو حجم الوسيط مرتين^(١١٨) ، شرح فيه مشكله ، وهو شرح مشتمل على نكت غريبة كما يقول حاجي خليفة^(١١٩) ، وسماه السبكي^(١٢٠) « شرح الوسيط » ونقل عنه مسألة^(١٢١) وسماه الذهبي^(١٢٢) « مشكل الوسيط » .

وقد ثبتنا تسميته نقلا عن ابن قاضي شعبة (٧٨ أ) وعن تقي الدين السبكي والد صاحب الطبقات الذين نقل عنه مسألة فقهية^(١٢٣) وعن حاجي خليفة^(١٢٤) وعن ابن العماد^(١٢٥) ولعل له صلة بكتاب إيضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط^(١٢٦) .

-
- (١١٦) مفتاح السعادة : ٣/٣٤١ ، وكشف الظنون : ١/٢٤٥ .
 - (١١٧) النووي : تهذيب الأسماء واللغات : ج ١ قسم ١ : ص ٢ ، كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ .
 - (١١٨) طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة الورقة ١٧٨ أ .
 - (١١٩) كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ وقال ابن قاضي شعبة : فيه أعمال كثيرة وقوائد غريبة ، طبقات الشافعية مخطوط : الورقة ١٧٨ أ .
 - (١٢٠) طبقات الشافعية الكبرى : ٨/١١٦ .
 - (١٢١) طبقات الشافعية ٨/١١٩ .
 - (١٢٢) سير أعلام النبلاء مخطوط ج ١٣ الورقة ٢٤٩ .
 - (١٢٣) فتاوى السبكي : ٢/٤٧٤ .
 - (١٢٤) كشف الظنون : ٢/٢٠٠٨ .
 - (١٢٥) شذرات الذهب : ٥/٢١٣ .
 - (١٢٦) انظر فهرس الكتب العربية الموجودة بالدار لغاية ١٩٢١ ج ١ ص ٥٣٨ في مادة مشكلات الوسيط ، وانظر الفقرة ٣٩٤ ، ٤٨٤ .

٧ - فتاوى ابن أبي الدم :

ذكرها حاجي خليفة^(١٢٧) بهذا الاسم وسماها اسماعيل باشا البغدادي^(١٢٨) « الفتاوى » .

وقد أشار إليها المؤلف في هذا الكتاب^(١٢٩) بقوله « وقعت هذه المسألة عندنا في الفتاوى فقلت .. » وقد نقل الدميري في حياة الحيوان شيئاً من فتاواه^(١٣٠) .

٨ - الفرق الإسلامية :

ذكره الصفدي^(*) والذهبي^(١٣١) وابن قاضي شبهة^(١٣٢) والأسنوي^(٣٣) وابن شاکر الكتي^(*) والعماد الحنبلي^(١٣٤) واسماعيل باشا البغدادي^(١٣٥) وذكره حاجي خليفة مرتين^(١٣٦) وعمر رضا كحالة^(١٣٧) والتونكي^(١٣٨) وبروكلمان^(١٣٩) وذكر أن له نسخة خطية

-
- (١٢٧) كشف الظنون : ١٢١٨/٢
 - (١٢٨) هدية العارفين : ١١/١
 - (١٢٩) أدب القضاة الفقرة ٤٦٠ ، ٤٧٩
 - (١٣٠) حياة الحيوان الكبرى (مادة الزرافة) : ج ٢ ص ٦
 - (**) الوافي بالوفيات : ٣٤/٦
 - (١٣١) سير اعلام النبلاء مخطوط ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب
 - (١٣٢) طبقات الشافعية (مخطوط) الورقة ٢٧٨
 - (١٣٣) طبقات الشافعية : ٥٤٦/١
 - (١٣٤) شذرات الذهب : ٢١٣/٥
 - (**) فوات الوفيات : ٣٧/٢ ، ٦١
 - (١٣٥) هدية العارفين : ١١/٢
 - (١٣٦) كشف الظنون : ١٢٥٥/٢ ، ١٤٤٦
 - (١٣٧) معجم المؤلفين : ٥٤/١
 - (١٣٨) معجم المصنفين : ٢١١/٣ - ٢١٢
 - (١٣٩) انظر : C. Brockelmann, G. 1 : 346, S. 1 : 488.

في مسجد فاتح في تركيا رقمها ٣١٥٣ وقد ورد فيها العنوان : (ذكر جماعة من أهل الملل والنحل) (١٤٠) وروزنثال (١٤١) نقلا عن ريتير ، وذكره البستاني (١٤٢) .

وذكره الدكتور مصطفى جواد وقال عنه : وكتابه (الفرق الاسلامية) نقل عنه المؤرخون كالذهبي والصفدي وابن شاعر الكتبي والسيوطي في مؤلفاتهم (١٤٣) .

وتوجد منه نسخة خطية في مكتبة خراجي أوغلي في مدينة بورصة في تركيا برقم ١٣٠٩ كتبت سنة ٧٤٠ هـ من ١٥٢ - ١٦٢ نسخة ناقصة الموجود منها من أول الازارقة الى آخر الكتاب (١٤٤) .

٩ - شرح الوسائل للغزالي في الفروع :

ذكره اسماعيل باشا البغدادي (١٤٥) . وربما كانت تسميته مصحفة من شرح الوسيط للغزالي الذي مرت الاشارة اليه .

١٠ - شرح التنبيه :

ذكره الدميري (١٤٦) ونقل عنه مسألة فقهية ، وأشار اليه

C. Brockelmann, S. 1 : 488. (١٤٠)

Encyclop. 3 : 683. (١٤١)

(١٤٢) دائرة المعارف : ٣٠٣/٢ .

(١٤٣) حاشية ص ٢٩٦ من كتاب تكملة اكمال الاكمال لابن الصابوني .

(١٤٤) د : رمضان ششبن : نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا المجلد الأول ص ٢٢ .

(١٤٥) هدية العارفين : ١١/١ .

(١٤٦) حياة الحيوان الكبرى (مادة الزرافة) ج ٢ ص ٦ .

روزنثال (١٤٧) نقلا عن الدميري •
والتيه (١٤٨) مختصر فقهي وضعه الشيخ أبو اسحاق الشيرازي (١٤٩)
صاحب المذهب وهو أحد الكتب المشهورة المتداولة بين الشافعية ، بل أكثرها
تداولاً ، وقد شرحه غير واحد (١٥٠) •

١١ - كتب أخرى :

وربما كانت هناك كتب أخرى للمؤلف تكشف عنها الأيام بعد
طبع فهارس خزائن المخطوطات في العالم التي بدأت بالظهور في الآونة
الأخيرة لاسيما خزائن مخطوطات تركيا وإيران والهند • ففيها ما لا يحصى
من الكتب الخطية لا تعرف عنها شيئاً •

وفاته :

قال الذهبي :

« توفي العلامة شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله ••• في جمادى الآخرة
سنة اثنين وأربعين وستمائة ، وله ستون سنة سوى أشهر رحمه الله (١٥١) •
ويوافق ذلك سنة ١٢٤٤م (١٥٢) •
وحدد شرف الدين الحسيني (١٥٣) وفاته بأنها كانت في النصف من

Encyclop. 3 : 683.

(١٤٧) انظر :

(١٤٨) تهذيب الأسماء واللغات ج ١ قسم ١ ص ٢ ، وانظر كشف
الظنون : ٤٨٩/١ •

(١٤٩) المتوفى ٤٧٦هـ المترجم له في تعليقات الفقرة ٩٠ من أدب القضاء •
(١٥٠) كشف الظنون : ٤٨٩/١ - ٤٩٣ •

(١٥١) سير أعلام النبلاء (مخطوط) : ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب •
(١٥٢) أخذنا مقابلة وفاته بالتاريخ الميلادي عن بروكلمان (بالألمانية)
الأصل : ٣٤٦/١ ، وعن الأعلام (ط : ٤) ٤٩/١ ، وعن معجم
المؤلفين : ٥٣/١ ، وعن دائرة المعارف للبستاني : ٣٠٣/٢ •
(١٥٣) صلة التكملة (مخطوط) الصفحة : ٢٠٨ •

• جمادى الآخرة •

وقد ذكر حاجي خليفة في حرف التاء^(١٥٤) (تاريخ ابن أبي الدم) أن وفاته كانت سنة ٦٥٢ وهو سهو ، وقد ذكره في سائر الحروف^(١٥٥) على التاريخ الذي ذكرناه أولا •

ووردت وفاته في معجم المصنفين للتونكي وهو ينقل كلام حاجي خليفة أنها كانت ٨٤٢ هـ وذلك سهو ، لأن حاجي خليفة ذكر وفاته بعدها أنها كانت سنة ٦٤٢ هـ •

وقد حكى ابن واصل سبب وفاته في حوادث سنة ٦٤٢ هـ « ولما توفى الملك المظفر صاحب حماة سير القاضي شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم بن أبي الدم قاضي حماه الى بغداد رسولا الى الخليفة المستعصم بالله مخبرا بوفاة الملك المظفر ومعه زردينه وسيفه ولامة حربه ، فلما وصل الى المعصرة مرض بالدوسنطاريا فصاد الى حماة فمات بها يوم وصوله اليها ... »^(١٥٦) •

وقال أبو الفدا في حوادث سنة ٦٤٢ هـ أيضا •

« وفيها توفى القاضي شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم بن علي بن محمد الشافعي عرف بابن أبي الدم قاضي حماة وكان قد توجه في الرسالة الى بغداد فمرض في المعرة وعاد الى حماة مريضا فتوفى بها ... »^(١٥٧) •

(١٥٤) كشف الظنون : ٢٧٦ / ١ •

(١٥٥) كشف الظنون : ٤٧ / ١ ، ٣٠٥ ، ١٢١٨ / ٢ ، ١٢٥٥ ، ١٤٤٦ •

١٧٢٢ ، ٢٠٠٨ •

(١٥٦) مفرج الكروب ج ٥ ص ٣٤٦ - ٣٤٧ •

(١٥٧) المختصر في أخبار البشر ج ٦ ص ٧٦ •

الباب الثاني

في كتاب أدب القضاء

ويضم هذا الباب ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في الكتب المؤلفة في أدب القضاء

الفصل الثاني : في حالة القضاء وتطوره الى عهد المؤلف

الفصل الثالث : في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

الفصل الأول

في الكتب المؤلفة في أدب القضاء

كتب القضاء :

لما كان مبحث القضاء من فروع الفقه ، ومجالا من مجالاته التطبيقية التي تكثر الحاجة اليها في الحياة العملية يوميا وبصورة تفصيلية دأب الفقهاء على أن يدرسوه في كتبهم الفقهية ، فلا تجد كتابا فقهيا الا وقد أفرد له بابا مستقلا .

ولما توسعت مناحي الحياة ، وتجددت حادثات كثيرة ، فزع الفقهاء الى النصوص الشرعية ، لاستنباط الاحكام الفقهية لها ، واختلفت تلك الأحكام باختلاف سبل الاستنباط والاصول التي سار عليها الفقهاء ، نكثر الكلام وتفرعت الفروع ، فمست الحاجة الى افراد مباحث القضاء بكتب مستقلة ظهرت جنبا الى جنب مع الكتب الفقهية الموسعة التي تناولت هي الأخرى مباحث القضاء بالشرح والتفصيل ، فكانت هناك طائفة من الكتب الفت قبل صاحبنا رجع اليها واستفاد منها ، وكتب أخرى الفت بعده ، وها نحن نذكر في ما يلي ما وقفنا عليه في ما ألف في أدب القضاء قبل المؤلف وبعده في المذاهب الأربعة :

ما الف في أدب القضاء قبل المؤلف وبعده

في المذاهب الأربعة

أولا : كتب أدب القضاء في المذهب الحنفي :

١ - أدب القاضي لأبي يوسف يعقوب بن ابراهيم^(١) (المتوفى ١٨٢ هـ)
وقد شرحه جماعة منهم :

أ - أبو جعفر محمد بن عبدالله الهندواني^(٢) (المتوفى ٣٦٢ هـ) .

ب - أبو بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل السرخسي^(٣) (المتوفى ٤٨٣ هـ) .

ج - برهان الأئمة عمر بن عبدالعزيز بن مازة الصدر الشهيد^(٤)
(المتوفى ٥٣٦ هـ) .

٢ - أدب القاضي لمحمد بن الحسن الشيباني^(٥) (المتوفى ١٨٩ هـ) .

٣ - أدب القاضي للحسن بن زياد اللؤلؤي^(٦) (المتوفى ٢٠٤ هـ) .

٤ - أدب القاضي لمحمد بن سماعة^(٧) (المتوفى ٢٣٣ هـ) .

(١) الفهرست لابن النديم : ٣٠٠ ، كشف الظنون : ٤٦/١ .

(٢) هدية العارفين : ٤٧/٢ .

(٣) المرجع نفسه : ٧٦/٢ .

(٤) المرجع نفسه : ٧٨٣/١ .

(٥) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الأئمة الصدر الشهيد

٢١٥/١ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٣٤ .

(٦) الفهرست : ٣٠٢ .

(٧) الفهرست : ٣٠٣ ، الفوائد البهية : ١٧٠ ، تاج التراجم : ٥٥ ،

مفتاح السعادة : ٢/٢٦١ ، كشف الظنون : ٤٦/١ .

٥ - أدب القاضي لايى بكر أحمد بن عمر الخفاف^(٨) (المتوفى ٢٦١هـ)
وقد شرحه كثيرون منهم :

- أ - أبو جعفر محمد بن عبدالله الهندواني^(٩) (المتوفى ٣٦٢هـ) .
- ب - أبو بكر أحمد بن علي الجصاص^(١٠) (المتوفى ٣٧٠هـ) .
- ج - أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري^(١١) (المتوفى ٤٣٨هـ) .
- د - شمس الأئمة عبدالعزيز بن أحمد الحلواني^(١٢) (المتوفى ٤٥٦هـ) .

- هـ - علي بن الحسين السفدي^(١٣) (المتوفى ٤٦١هـ) .
- و - شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي^(١٤) (المتوفى ٤٨٣هـ) .

- ز - أبو بكر محمد المعروف بجواهر زادة^(١٥) (المتوفى ٤٨٣هـ) .

ح - برهان الأئمة حسام الدين عمر بن مازة الصدر الشهيد^(١٦)

(٨) الفهرست : ٣٠٤ ، الجواهر المضية : ٨٨/١ ، هدية العارفين :

٤٩/١ ، كشف الظنون : ٤٦/١ ، مفتاح السعادة : ٢٧٧/٢ .

(٩) كشف الظنون : ٤٦/١ .

(١٠) المرجع نفسه .

(١١) المرجع نفسه .

(١٢) المرجع نفسه .

(١٣) المرجع نفسه .

(١٤) المرجع نفسه .

(١٥) المرجع نفسه .

(١٦) المرجع نفسه وقد قمنا بتحقيقه وطبعه في أربعة أجزاء بغداد ١٩٧٧ -

١٩٧٨ .

(المتوفى ٥٣٦ هـ) •

ط - فخر الدين الحسن بن منصور الاوزجدي المعروف
بقاضيخان^(١٧) (المتوفى ٥٩٢ هـ) •

ي - محمد بن أحمد القاسمي الخجدي (المتوفى بعد ٩٢٠ هـ)^(١٨) •

٦ - أدب القاضي والقضاء لأبي المهلب هيثم بن سليمان القيسي^(١٩)
(المتوفى حوالي ٢٧٥ هـ) •

٧ - أدب القاضي للقاضي ابي خازم عبد الحميد بن عبدالعزيز الحنفي^(٢٠)
(المتوفى ٢٩٢ هـ) •

٨ - أدب القاضي لأبي جعفر أحمد بن اسحاق الانباري النحوي^(٢١)
(المتوفى ٣١٧ هـ) •

٩ - أدب الحكام الكبير وأدب الحكام الصغير للطحاوي^(٢٢) (أحمد بن
محمد المتوفى ٣٢١ هـ) •

١٠ - أدب القاضي لأبي حامد أحمد بن بشر المروزي^(٢٣) (المتوفى
٣٦٢ هـ) •

١١ - أدب القاضي للقدوري^(٢٤) (أحمد بن محمد المتوفى ٤٢٨ هـ) •

(١٧) كشف الظنون : ٤٦/١ •

(١٨) المرجع نفسه •

(١٩) مطبوع بتونس ١٩٧٠ بتحقيق فرحات الدشراوي •

(٢٠) الفهرست : ٣٠٧ ، كشف الظنون : ٤٦/١ •

(٢١) الجواهر المضية : ٥٧/١ ، كشف الظنون : ٤٦/١ •

(٢٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمتاني : ج ١ ص ١١ •

(٢٣) البصائر والذخائر للتوحيدى : ٨٣ •

(٢٤) هدية العارفين : ٧٤/١ •

- ١٢- روضة القضاة وطريق النجاة لابن السمعاني^(٢٥) (علاء الدين علي بن محمد الرحبي المتوفى ٤٩٩هـ) .
- ١٣- أدب القاضي لشمس الأئمة أبي بكر عمر بن الزرنجيري^(٢٦) (المتوفى ٥٤٨هـ) .
- ١٤- فصول الأحكام لأصول الأحكام لأبي الفتح عبدالرحيم بن أبي بكر ابن عبدالجليل المرغيناني^(٢٧) (بعد ٦٥١هـ) .
- ١٥- أدب القاضي لأبي العباس أحمد بن ابراهيم السروجي^(٢٨) (المتوفى ٧١٠هـ) .
- ١٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي^(٢٩) (المتوفى ٨٨٤هـ) .
- ١٧- لسان الحكام في معرفة الأحكام لأبي الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة^(٣٠) (المتوفى ٨٨٢هـ) .
- ١٨- الفواكه البدرية لبدرالدين محمد بن محمد المعروف بابن الغرس المصري^(٣١) (المتوفى ٩٣٢هـ) .

(٢٥) طبع في بغداد ١٩٧٠ بمطبعة أسعد بتحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي .

- (٢٦) هدية العارفين : ٧٨٥/١ .
- (٢٧) مخطوط بدار الكتب : رقم ٣٠٨ فقه حنفي .
- (٢٨) هدية العارفين : ١٠٤/١ .
- (٢٩) مطبوع في بولاق ١٣٠٠هـ .
- (٣٠) مطبوع في الاسكندرية ١٢٩٩ بمطبعة جريدة البرهان .
- (٣١) مطبوع بمطبعة النيل مع شرحه المجاني الزهرية .

١٩- روضة القضاة في المحاضر والسجلات لمصطفى بن محمد الرومي (٣٢)

• (المتوفى ١٠٩٧ هـ)

٢٠- أدب القاضي لأحمد أفندي بن روح الله الانصاري (٣٣) (عاش في

• زمن السلطان مراد)

٢١- أدب القضاة كامل المتلى (٣٤) (بعد سنة ١٢٦٧ هـ)

ثانيا : كتب ادب القضاء في المذهب الشافعي :

١ - أدب القاضي للإمام محمد بن ادريس الشافعي (٣٥) (المتوفى

• ٢٠٤ هـ)

٢ - أدب القاضي لابي عبيد القاسم بن سلام اللغوي (٣٦) (المتوفى

• ٢٢٤ هـ)

٣ - أدب القضاء لابي سعيد الحسن بن أحمد الاصطخري (٣٧) (المتوفى

• ٣٢٨ هـ)

٤ - أدب القاضي لابي العباس أحمد بن ابي أحمد المعروف بابن القاص

الطبري (٣٨) (المتوفى ٣٣٥ هـ)

(٣٢) ايضاح المكنون : ٥٩٦/١ •

(٣٣) مخطوط بمكتبة يني جامع باستانبول برقم ٣٥٥ •

(٣٤) مطبوع بالقسطنطينية سنة ١٨٥١ انظر معجم المطبوعات وانظر

• اكتفاء القنوع بما هو مطبوع ١٤٩ •

(٣٥) الفهرست : ٣١٠ •

(٣٦) كشف الظنون : ٤٧/١ •

(٣٧) كشف الظنون : ٤٧/١ • طبقات الشيرازي : ٩١ •

(٣٨) كشف الظنون : ٤٧/١ ، طبقات الشيرازي : ٩١ •

٥ - أدب القضاء لابی بكر محمد بن أحمد المعروف بأبن الحداد
المصري^(٣٩) (المتوفى ٣٤٥ هـ) •

٦ - أدب القاضي للإمام ابى بكر محمد بن علي القفال الشاشي^(٤٠)
(المتوفى ٣٦٥ هـ) •

٧ - أدب القاضي لابی محمد الحسن بن أحمد المعروف بالحداد
البصري^(٤١) (من القرن الرابع) •

٨ - أدب القضاء لابی الحسن محمد بن يحيى بن سراقه العامري^(٤٢)
(المتوفى ٤١٠ هـ) •

٩ - أدب القضاء لابی منصور عبدالقاهر بن ظاهر البغدادي^(٤٣) (المتوفى
٤٢٩ هـ) •

١٠ - أدب القاضي من الحاوي الكبير للماوردي^(٤٤) (علي بن محمد بن
حبيب المتوفى ٤٥٠ هـ) •

١١ - أدب القضاء لابی الحسن علي بن أحمد الديلمي^(٤٥) (من علماء

(٣٩) طبقات السبكي : ٨٠/٣ ، كشف الظنون : ٤٧/١ ، حسن المحاضرة
١٢٦/١ •

(٤٠) طبقات الاسنوي : ٢٩٧/٢ ، الاشراف في أدب القضاء : الورقة :
١/٢ •

(٤١) طبقات السبكي : ٢٥٥/٣ •

(٤٢) المرجع نفسه : ٢١٢/٤ •

(٤٣) طبقات ابن هداية الله : ٩٥ •

(٤٤) قمنا بتحقيقه وطبعه ج ١ (الارشاد ببغداد ١٩٧١) ، ج ٢ (العاني
بغداد ١٩٧٢) •

(٤٥) كشف الظنون : ٤٧/١ ، طبقات الاسنوي : ٥/٢ ، وفيه انه
الزبيلي •

• القرن الخامس الهجري)

- ١٢- أدب القاضي لابي عاصم محمد بن أحمد العبادي الهروي^(٤٦)
• (المتوفى ٤٥٨ هـ)
- ١٣- الاشراف على غوامض الحكومات لابي سعد محمد بن أحمد
الهروي^(٤٧) (اتوفى ٥١٨ هـ) •
- ١٤- روضة الحكم وزينة الاحكام للقاضي ابي نصر شريح بن عبدالكريم
ابن أحمد الروياني^(٤٨) (المتوفى ٥٥٠ هـ) •
- ١٥- أدب القضاء لابي المعالي مجلى بن جميع القرشي^(٤٩) (المتوفى
٥٥٠ هـ) •
- ١٦- أدب القاضي لابي سعد السمعاني^(٥٠) (عبدالكريم بن محمد المتوفى
٥٦٢ هـ) •
- ١٧- أدب القضاء لابن ابي الدم الحموي الشافعي^(٥١) (المتوفى ٦٤٢ هـ)
وهو الكتاب الذي نقوم بتحقيقه •
- ١٨- ملجأ الحكم عند التباس الاحكام لابي المحاسن يوسف بن رافع

-
- (٤٦) كشف الظنون : ٤٧/١ ، طبقات الاسنوي : ١٩٠/٢ •
(٤٧) كشف الظنون : ٤٧/١ ، طبقات السبكي : ٣٦٥/٥ •
(٤٨) كشف الظنون : ٩٢٣/١ ، ايضاح المكنون : ٥٩٢/١ ، وفي طبقات
ابن هداية الله ص ٧٩ انه توفي ٥٥٠ هـ ، وفي طبقات الاسنوي :
٥٧٠/١ انه توفي ٥٣١ هـ •
(٤٩) طبقات الاسنوي : ٥١٢/١ ، كشف الظنون : ٤٧/١ •
(٥٠) فهرس المكتبة الازهرية : ٩٧/٢ •
(٥١) كشف الظنون : ٤٧/١ ، هدية العارفين : ١١/١ •

الاسدي^(٥٢) (المتوفى ٦٣٢ هـ) •

١٩- أدب القضاة لشرف الدين أحمد بن مسلم بن سعيد القرشي الملحي
الدمشقي^(٥٣) (المتوفى ٧٩٣ هـ) •

٢٠- أدب الحكام في سلوك طرق الاحكام لشرف الدين عيسى بن عثمان
الغزي^(٥٤) (المتوفى ٧٩٩ هـ) •

٢١- توقيف الحكام على غوامض الاحكام : لشهاب الدين أحمد بن العماد
الافهسي^(٥٥) (المتوفى ٨٠٨ هـ) •

٢٢- أدب القاضي : للقاضي زكريا بن محمد الانصاري^(٥٦) (المتوفى
٩١٠ هـ) •

٢٣- أدب القضاء لجلال الدين عبدالرحمن بن ابي بكر السيوطي^(٥٧)
(المتوفى ٩١١ هـ) •

٢٤- جواهر العقود ومعين القضاة والموقمين والشهود لشمس الدين محمد
ابن أحمد المناهجي الاسيوطي^(٥٨) (من علماء القرن التاسع

(٥٢) طبقات السبكي : ٣٦١/٨ •

(٥٣) له نسخة مصورة في المجمع العلمي العراقي عن نسخة المكتبة
العباسية بالبصرة انظر مخطوطات المجمع : ٥٢/١ •

(٥٤) له نسخة مخطوطة في مكتبة ينى جامع باستانبول برقم ٣٥٩ ،
وانظر ايضاح المكنون : ٥٠/١ •

(٥٥) له نسخة مخطوطة في دار الكتب برقم ٩٠٦ فقه شافعي •

(٥٦) له نسخة في مكتبة ولي الدين باستانبول برقم ١٤٠١ ، وفي دار
الكتب نسخة أخرى باسم عمادالرضا ببيان أدب القضاء برقم ٨٩٦

فقه شافعي ، وانظر كشف الظنون : ٤٧/١ •

(٥٧) كشف الظنون : ٤٧/١ •

(٥٨) مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ١٩٥٥ ، ج ١ - ج ٢ •

والعاشر () •

٢٥- أدب القاضي لجلال الدين محمد بن أحمد المعروف بالمحلي^(٥٩)
(المتوفى ٨٩٠ هـ) •

ثالثا : كتب أدب القضاء في المذهب المالكي :

١ - آداب القضاء : لابي عبدالله اصبح بن الفرج^(٦٠) (المتوفى ٢٢٥ هـ) •
٢ - أدب القضاة : لابن عبدالحكم^(٦١) (محمد بن عبدالله المتوفى
٢٨٢ هـ) •

٣ - الأقضية : لابي القاسم أحمد بن محمد بن زياد المعروف بابن شبطون
الملخمي^(٦٢) (المتوفى ٣١٢ هـ) •

٤ - الاستفتاء في آداب القضاء لابي القاسم خلف بن مسلمة بن
عبدالفور^(٦٣) (المتوفى ٤٤٠ هـ) •

٥ - سر السراة في أدب القضاة للقاضي عياض اليحصبي^(٦٤) (المتوفى
٥٥٤ هـ) •

٦ - أدب القضاء : لعبدالمعتمد بن محمد بن فرس الغرناطي^(٦٥) (المتوفى
٥٩٧ هـ) •

(٥٩) ايضاح المكنون : ٥٠/١ •

(٦٠) الديباج المذهب : ٣٠٠/١ •

(٦١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض : ٦٢/٢ ، الديباج
المذهب ١٦٥/٢ •

(٦٢) الديباج المذهب : ١٥٦/١ •

(٦٣) المرجع نفسه : ٣٥١/١ •

(٦٤) المرجع نفسه : ٥٠/٢ •

(٦٥) ايضاح المكنون : ٥١/١ •

- ٧ - تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام لابن فرحون^(٦٦)
 (برهان الدين ابراهيم بن علي المتوفى ٧٩٩هـ)
 •
 ٨ - العقد المنظم للحكام لابن سلمون المالكي^(٦٧) .
 ٩ - تحفة الحكام في نكت العقود والاحكام^(٦٨) لقاضي الجماعة أبي بكر
 محمد بن محمد بن عاصم المالكي القيسي (بعد ٨٣٥هـ)
 •
 ١٠ - المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام للقاضي ابي الوليد
 هشام بن عبدالله الازدي المالكي^(٦٩) (المتوفى ٩٠٦هـ)
 •
 ١١ - أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم للشيخ عبدالله بن محمد
 ابن فرج المالكي القرطبي المعروف بابن الطلاع^(٧٠) (المتوفى
 ٦٧١هـ)
 •

رابعاً : كتب أدب القضاء في المذهب الحنبلي :

لم نجد عندهم كتاباً مستقلاً بهذا العنوان ، وإنما يتصل بذلك
 كتب منها :

- ١ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم^(٧١) (ابي عبدالله
 محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المتوفى ٧٥١هـ)
 •

-
- (٦٦) مطبوع في هامش فتح العلي المالك مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٩٥٨ .
 (٦٧) ايضاح المكنون : ١١١/٢ .
 (٦٨) كشف الظنون : ٣٦٥/١ .
 (٦٩) كشف الظنون : ١٧٧٨/٢ .
 (٧٠) مطبوع بمطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦هـ وانظر كشف
 الظنون ١٣/١ .
 (٧١) طبع كثيراً منها في مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٣ .

٢ - اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم^(٧٢) أيضا •

خامسا : كتب أدب القضاء في المذهب الظاهري :

١ - أدب القاضي لداود بن علي بن خلف الاصفهاني^(٧٣) (المتوفى ٥٢٧٠ هـ) •

سادسا : كتب أدب القضاء في المذهب الطبري :

١ - أدب القاضي لابي جعفر محمد بن جرير الطبري^(٧٤) (المتوفى ٣١٠ هـ) •

٢ - المحاضر والسجلات لابي الفرج المعافى بن زكريا النهرواني^(٧٥) (٣١٠ هـ) •

سابعا : كتب أدب القضاء في المذهب الزيدي :

١ - كتاب القضايا وآداب الحكام لابي النصر محمد بن مسعود العياشي^(٧٦) (المتوفى ٣٢٠ هـ) •

(٧٢) طبع مرات أيضا منها بتحقيق عبدالرحمن الوكيل دار الكتب الحديثة بالقاهرة ١٩٦٩ •

(٧٣) الفهرست : ٣١٨ •

(٧٤) الفهرست : ٣٤١ •

(٧٥) الفهرست : ٣٤٣ •

(٧٦) الفهرست : ٢٨٩ •

الفصل الثاني

في حالة القضاء وتطوره الى عهد المؤلف

١ - نظرة في تطور القضاء قبل مجيء المؤلف

القضاء من فروض الكفايات ، يسعى الى اقامة العدالة والحق والتناصف بين الناس .

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتنازعين ، وتلاه الخلفاء الراشدون من بعده ، محققين العدالة والانصاف في الحكم ، مطبقين النصوص التي جاءت بشأن العدل في الحكم .

وقد استجاب الصحابة لدواعي الانصاف والعدالة بينهم ، وكانوا بما فيهم من قوة الايمان ، يسارعون الى حل مشكلاتهم فيما بينهم ، متحرزين عن الشبهات ، بعيدين عن التخاصم والتناكر ، فاذا تخاصموا الى القضاء فانما كانوا يتخاصمون ليعرفوا حكم الأمور المشبهة بينهم ، والا فانهم كانوا على تناصف وايتار وتوادد ، بعيدين عن الشحناء والبغضاء والتنافس وهم الذين شهد الله بحقهم بقوله :

« مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا ... » (١)

(١) الفتح : ٢٩ .

ومع كل ذلك فإنه قد تحاكموا الى القضاء فقد تحاكم عمر وابي
الى زيد ، وعلي واليهودي الى شريح ، وغير ذلك •

وكان اذا شهد الشاهدان بشيء اكتفي بقولهما ، لأن ظاهر حالهما
على العدالة ، وتميل أمورهم الى البساطة والورع والتقوى والمساحة
والتخرج ، والتحرز عن التبهات ، والابتعاد عن كل مائمة ، أو مظلمة ،
أو لم •

ولما تقدمت السنون ، وطراً ما طراً من تغير الاوضاع وكثرت
الخصومات والتناكر بين الناس ، بسبب ضعف الوازع الديني ، ظهرت
الحاجة الى اتخاذ المزكين وأصحاب المسائل^(٢) ، والتدوين في السجلات •
ويروى ان ابن شبرمة قال :

ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ولم يتركهن أحد بعدي المسألة عن
الشهود ، واثبات حجج الخصمين ، وتحلية الشهود^(٣) •

وقيل ان شريحاً هو الذي أحدث تركية السر ، حتى قيل له : يا ابا
أمية قد أحدثت ، فقال : أحدثتم فأحدثنا^(٤) •

وكانوا يقضون في أي مكان سواء كان ذلك مسجداً أو غيره ، لكن
الحاجة بدأت تظهر ، في اتخاذ مكان تتوفر فيه الشروط المناسبة ، فانفصل

(٢) الأم للشافعي : ٢٠٩/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٢/٥ ، أدب القاضي
للماوردي ٢٢/٣ •

(٣) أدب القاضي للخصاف : ٢٣/٣ ، واحكام القرآن للجصاص :
٥٠٦/١ ، وأخبار القضاة لوكيع : ١٢٠/٣ ، وانظر الفقرة : ١٤٧
من هذا الكتاب •

(٤) أخبار القضاة لوكيع : ٣١٨/٢ ، ٣٦٩ ، شرح أدب القاضي للخصاف
• ٢٣/٣ •

القضاء عن المسجد ، فكانت له هيئة مستقلة وبنية قائمة •

وبعد أن توسعت المدن ، صار فيها أكثر من قاض ثم لما كثر عدد القضاة في الدولة أصبح لهم هيئة تدبر شؤونهم دعت الحاجة الى وجودها ومن هنا كان سبب ظهور منصب قاضي القضاء ، ثم كانت هناك ولاية للمظالم وولاية للحسبة ، وقضاء الجند ، وكل ذلك كان من ضمن عمل القاضي أول الأمر أخذ ينفصل شيئا فشيئا ، بل ربما اقتصر أمر القاضي على النظر في مسائل معينة كالنكاح أو العقود ، أو مقدار معين من المال ، أو على قوم دون قوم كان ينظر بين النساء فقط أو بين الصبيان •

ثم دعت الحاجة الى ايجاد بواب وحاجب وكاتب وقاسم وسجان ومبلغ ومترجم واعوان^(٥) •

٢ - حالة القضاء في عصر المؤلف

أما في عصر المؤلف ، فقد تطور القضاء كثيرا في تشكيلاته واجراءاته ومواضعه وسلطانه ، نظرا لتبدل الأوضاع ، وكثرة التهارج ، والخصومات ، لقلة الورع ، وظهور الصعوبات الكثيرة أمام تطبيق مقتضيات العدالة •

فقد كانت هناك صيغ خاصة للتقليد مثلا لا يمدل عنها الا بقرائن^(٦) •

وكان هناك من يطلب الدخول في القضاء^(٧) ويسعى جاهدا للحصول

(٥) انظر : النظام القضائي في بغداد في العصر العباسي تأليف عبدالرزاق الانباري (مطبعة النعمان ١٩٧٧) ص ٢٨١ وما بعدها ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ٧٣/١ - ٧٣ •

(٦) الفقرة : ٣٤ •

(٧) الفقرة : ٢٧ •

على هذه الوظيفة ، لأنها تدر الرزق الوفير ، بعد أن كان القضاة في الغالب لا يأخذون أجرا^(٨) ، ويخرجون كثيرا من الدخول فيه^(٩) .

وكان هناك من يتقدم اليه وهو ليس أهلا له^(١٠) ، أو لوجود أفضل^(١١) ، وما يتطلب ذلك من اجراء امتحان^(١٢) لمن هو ليس أهلا له لتعيينه بهذا المنصب .

وكان للقضاء في هذا العصر أمور شكلية وشروط كثيرة ، وآداب ينبغي ان تراعى^(١٣) ، لا يصح التفاضي عنها ، تحفظ للقضاة فيها هيبتهم وأبنتهم كالذي يتميزون به من الملابس الخاص^(١٤) ، والاعوان^(١٥) ، أو الاجرياء^(١٦) ، والكتاب^(١٧) ، والأمناء^(١٨) ، والنواب^(١٩) ، والمترجمين^(٢٠) ، والمسممين^(٢١) ، والمدول^(٢٢) واتخاذ المكان اللائق

-
- (٨) الفقرة : ٤٤
 - (٩) الفقرة : ٨
 - (١٠) الفقرة : ٢٩
 - (١١) الفقرة : ٢٧
 - (١٢) الفقرة : ٣٢
 - (١٣) انظر الفصل الرابع من الباب الاول ، الفقرة ٤٥ وما بعدها
 - (١٤) الفقرة : ٤٦
 - (١٥) الفقرة : ٥٠
 - (١٦) الفقرة : ٥٠
 - (١٧) الفقرة : ٥١ والفقرة : ٧١
 - (١٨) الفقرة : ٧٨
 - (١٩) الفقرة : ٤١ وما بعدها
 - (٢٠) الفقرة : ٥٧
 - (٢١) الفقرة : ٥٧ ، والفقرة : ٦١
 - (٢٢) الفقرة : ٥٦

للقضاء^(٢٣) ، بأن يكون فسيحا لا يجد فيه الشخص مضايقات الحر في الصيف ، ولا برودة الشتاء ، وأن يكون في وسط البلد وربما توسع البلد فكان فيه قضاة متعددون^(٢٤) تتحدد فيه مواضع عملهم وصلاحياتهم وسلطانهم .

وخشية من حدوث التزويرات في الخطوط أوصوا بعدم الاعتماد على مجرد الخط دون تذكر الحادثة^(٢٥) ، وظهرت لأجل ذلك دواوين القضاة^(٢٦) وسجلاتهم^(٢٧) خشية التناكر ، والقمطر^(٢٨) ، وسلة الحكم^(٢٩) والاختام^(٣٠) التي يستعينون بها في الاستدعاء^(٣١) ، أو في ختم المحضر أو السجل^(٣٢) ، والهشة التي تكتب بها المحاضر والسجلات^(٣٣) ، وما تتطلبه من شروط كثيرة بينها هذا الكتاب ، وبين الصيغة التي تتم بها كتب الإتياعات ، والأجارات ، والقسمة والرهن ، والكفالة ، وأمثلة من المحاضر والمكاتبات الحكيمة ببارات قانونية دقيقة . وظهرت لسير الدعوى خطوات ، وآداب^(٣٤) ينبغي الحرص عليها

(٢٣) الفقرة : ٤٧ .

(٢٤) الفقرة : ٤٣ .

(٢٥) الفقرة : ٨٢ .

(٢٦) الفقرة : ٧٩ .

(٢٧) الفقرة : ٧٩ .

(٢٨) الفقرة : ٨٠ .

(٢٩) الفقرة : ٨٠ .

(٣٠) الفقرة ٧٩ ، ٨٠ .

(٣١) الفقرة : ٩٦ .

(٣٢) الفقرة : ٨٠ .

(٣٣) انظر الباب السادس الفقرة ٨٤١ وما بعدها .

(٣٤) انظر الباب الثاني الفقرة ٨٨ وما بعدها والباب الثالث الفقرة ٢١٣

وما بعدها .

وتطبيقها بدقة ، والاهتمام بصيغ التعبير في الدعوى وتحريرها (٣٥) ،
 وصيغ الإنكار (٣٦) ، والإيمان (٣٧) ، والإقرار (٣٨) ، والشهادة (٣٩)
 والحكم (٤٠) وما يتبع ذلك من شروط لكل من ذلك ، وقضاء القاضي
 بعلمه (٤١) ، ونقض القضاء الذي وقع منه ، أو من غيره (٤٢) ، وتعارض
 البينات (٤٣) ، مما يصوره هذا الكتاب خير تصوير ، إذ أعطانا صورة
 للمدى الحضاري الذي بلغت به تشكلات القضاء المدني في القرن السابع
 الهجري .

* * *

-
- (٣٥) الفقرة : ٢٢٢ وما بعدها .
 - (٣٦) الفقرة : ٢٦٧ وما بعدها .
 - (٣٧) الفقرة : ٣٠٠ وما بعدها .
 - (٣٨) الفقرة : ٢٦١ وما بعدها .
 - (٣٩) انظر الباب الرابع الفقرة ٥٣٤ وما بعدها .
 - (٤٠) الفقرة : ١٨١ وما بعدها .
 - (٤١) الفقرة : ١٤٩ وما بعدها .
 - (٤٢) الفقرة : ١٦٢ وما بعدها .
 - (٤٣) الفقرة : ٤٥٣ وما بعدها .

الفصل الثالث

كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

اسم الكتاب :

وردت للكتاب تسميات متعددة :

فقد ذكر الذهبي في سير أعلام النبلاء^(١) ، والامام تقي الدين السبكي^(٢) والد صاحب الطبقات ، في فتاويه ، والشيخ أحمد الصابوني^(٣) ، ان اسم الكتاب (أدب القضاء) .

• وسماه ابن العماد الحنبلي^(٤) والزركلي^(٥) : (أدب القاضي) .

• وسماه اسماعيل باشا البغدادي^(٦) وحاجي خليفة^(٧) والتونكي^(٨) (أدب القاضي على مذهب الشافعي) .

• وسماه جرجي زيدان^(٩) : (آداب القاضي) .

• وسماه عمر رضا كحانة^(١٠) : (أدب القاضي - القضاء) كذا

بالتسميتين معا .

(١) سير اعلام النبلاء - مخطوط - ج ١٣ الورقة ٢٤٩ ب .

(٢) فتاوى السبكي : ٤٧٤/٢ .

(٣) تاريخ حماة : ١٠٢ .

(٤) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

(٥) الاعلام (ط ٤) ٤٩/١ .

(٦) هدية العارفين : ١١/١ .

(٧) كشف الظنون : ٤٧/١ .

(٨) معجم المصنفين : ٢١١/٣ .

(٩) تاريخ آداب اللغة العربية : ٨١/٣ .

(١٠) معجم المؤلفين : ٥٤/١ .

وقد ذكر روزنتال^(١١) ثلاثة أسماء : (أدب القضاء - القاضي -
القضاة) كذا .

وأشهر التسميات وأكثرها تداولاً لدى المترجمين له والمؤرخين ،
والفقهاء بصورة خاصة ، ما ذكره الاسنوي^(١٢) ، والتاج السبكي^(١٣) ،
وابن قاضي شهاب^(١٤) وعنهم بروكلمان^(١٥) وغيره ، أن اسم الكتاب
(أدب القضاء) .

وقد رجحنا هذه التسمية لثلاثة أمور :
الأول : أنها هي المشهورة بين الذين ذكروه .
والثاني : أنها هي الموافقة لما ورد في مقدمة الكتاب نفسه ، اذ قال
المؤلف بعد الديباجة :

« وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين على بعلم المذهب الشافعي ،
سألوا وضع كتاب في أدب القضاء »^(١٦) :

والثالث : ان هذه التسمية موافقة لما ورد في عناوانات النسخ الخطية
التي اعتمدناها أصولاً في التحقيق .
أما تسميته بـ (الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات) فقد وردت
على طرفة نسخة دار الكتب المصرية التي رمزنا لها بنسخة (ب) بما
صورته :

Encyclop. III : 683.

(١١) أنظر :

(١٢) طبقات الشافعية : ٥٤٦/١ .

(١٣) طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ .

(١٤) طبقات الشافعية (مخطوط) الورقة : ١/٧٨ .

(١٥) أنظر : G. 1 : 346. S. 1 : 488.

(١٦) انظر أدب القضاء الفقرة : ٣ .

(كتاب أدب القضاء) ثم كتب تحتها : (وهو الدرر المنظومات في
الأنصبة والحكومات) •

وهي تسمية لم ترد في مصدر من المصادر ، ولذلك آثرنا أن لا نكتبها
في غلاف الكتاب ، اكتفاء بالإشارة إليها هنا •

صحة نسبة الكتاب الى المؤلف :

بالإضافة الى أن القدماء والمحدثين يذكرون ان للقاضي شهاب الدين
ابى اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبى الدم كتابا في القضاء على اختلاف
تسمياتهم له ، تتفق النسخ الخطية الثلاث في نسبته اليه فضلا عن النقول
الثريرة التي وردت عنه في الكتب المتأخرة عنه تنسبه اليه ، وبمقارنته
نلك النصوص مع الكتاب نجد أنها متفقة تماما معه ، باستثناء فروق
النسخ •

ومن أطول النصوص التي نقلت عنه منسوبة اليه ما جاء في كتاب
(توقيف الحكام على غوامض الأحكام) لابن العماد الأفهسي ، بنسخته
الخطيتين اللتين اعتمداهما وهما المرموز لهما بنسختي (ق ، ط) ،
فقد نقل صاحبه فصولا طويلة بأكملها منسوبة اليه ، ولطول تلك
النصوص جعلناها من جملة الأصول الخطية للكتاب حين عزت نسخه •
وقد نقل التاج السبكي^(١٧) جملة من أقواله أشرفنا إليها في
مواضعها ، وكذا فعل والده تقي الدين السبكي^(١٨) في فتاواه ، اذ نقل
المسألة السابعة من الفصل السادس في الداعي بين الخصمين^(١٩) ، وابن
حجر الهيتمي^(٢٠) في فتاواه الكبرى أيضا ، وغيرهم ممن سترد أسماؤهم

(١٧) طبقات الشافعية الكبرى : ١١٥/٨ - ١١٩ •

(١٨) فتاوى السبكي : ج ٢ ص ٤٧٤ ، ٤٩١ •

(١٩) أنظر أدب القضاء الفقرة : ٤٧٦ وهو الباب الثالث من الكتاب •

(٢٠) الفتاوى الكبرى الفقهية : ٢٩٠/٤ ، ٣٠٥ ، ٣٤٦ •

في موضوع (آثار هذا الكتاب في ما تلاه من الكتب) تتبعنا أقوالهم ، وأشرنا إليها في مواضعها ، مما يؤكد صحة نسبة الكتاب الى المؤلف ، ويجعلنا نطمئن وتوثق من صحة نسبته اليه .

سبب تأليفه :

يذكر المؤلف في مفتح كتابه سببين لتأليفه هذا الكتاب :

الأول : ان الاشتغال بعلم القضاء والتأليف في آدابه قرينة من أفضل القربات وأرفع الطاعات ينال عليها العالم الأجر الكبير ، وهي أولى بكد الفريضة وأعمال الخاطر من غيرها من مجالات التأليف اذ يقول :

« وبعد : فان أولى ما أعملت فيه القرائح ، وعلقت به الأفكار اللواقع ، وعنى العالم بجمعه وتصنيفه ، وأجهد نفسه في ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاح العواقب ، ونجاح المطالب ، وسمو المناقب ، وعلو المراتب ، وهو علم فروع الشريعة من الحلال والحرام ، والواجب والمندوب ، وأخصها بالأولوية علم الأقضية والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام ، فان الانتداب للإصلاح بين المتحاكمين والانتصار للمظلوم من الظالم فيما يجرى بين المتخاصمين من أفضل القربات وأرفع الطاعات » (٢١) .

والثاني : أن جماعة من أصحابه المشتغلين عليه بدراسة المذهب الشافعي سألوه وضع كتاب في أدب القضاء ، يشتمل على ما تكرر الحاجة اليه في زمنهم من الأحكام والشروط المرسومة بين علماء العصر في طريقة الفصل بين المتخاصمين ، وكرروا سؤالهم مرة بعد مرة ، فوضعه استجابة لطلبهم ، قال :

« وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين عليّ بعلم المذهب الشافعي سألوا وضع كتاب في أدب القضاء يتضمن جملة من آدابه وأحكامه ،

(٢١) أدب القضاء : الفقرة : ٢ .

ونبذة من الدعاوى واليئسات ، وما يجرى لدى الحكام من الخصومات ، وطرفا من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر في هذا الشأن ، واستمر سؤالهم ذلك مدة سنين ، والموانع تمنع ، والاشغال بتقحيح المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، فان علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله النية القصوى ، اذ هو النافع في الدنيا والأخرى . وما زال سؤالهم يتكرر مرة بعد أخرى ، الى أن استعنت الله تعالى واستخرته واستمددته توفيقه وهدايته ، وأجبت سؤالهم ، واسعفت طلبتهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلقت ما حضرني من هذا العلم من المسائل الحسنة الغريبة والفروع المستحسنة العجيبة (٢٢) الى آخر ما قال .

مادة الكتاب :

(بصورة موجزة)

احتوى الكتاب على مقدمة وستة أبواب وخاتمة :

١ - أما المقدمة فقد بين فيها بعد الديباجة المؤقة المسجوعة أن علم القضاء والتأليف فيه هو أولى العلوم التي تشعذ الهمم وتكد الخواطر في سبيل التأليف فيها لما في ذلك من النفع في الحياة لفض الخصومات وتحقيق العدالة التي تكفل السعادة في المجتمعات ، وما في ذلك من النفع العظيم والشواب المقيم بعد الممات ، ثم بين أن ذلك دعاء الى تأليف هذا الكتاب ، الى جانب سؤال جماعته المشتغلين عليه بدراسة المذهب والباحثهم في الطلب بأن يضع لهم كتابا في هذا الموضوع تشتد الحاجة اليه .

٢ - وأما الباب الأول فقد تحدث فيه عن صفة القضاء ، متناولا بفصوله الأربعة ما ورد فيه من الآيات والنصوص والآثار في الترغيب فيه والترهيب عنه ، واختلاف العلماء في اجابة من يصح تقليده القضاء اذا دعى

(٢٢) أدب القضاء : الفقرة : ٣ .

اليه وامتناعه عنه أيهما أولى ، وصفة القاضي وشروطه ، وكيفية عقد القضاء وآداب القاضي التي يجمل به أن يتحلى بها .

٣ - وأما الباب الثاني فقد بين فيه ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود والتزكية وأرباب المسائل ، وقضاء القاضي بعلمه ، وتقض القاضي لقضائه الذي وقع منه ، وإن حكمه لا يحيل الأمور عما هي عليه ، والتحكيم ، وحكم الحاكم بعد عزله .

٤ - وأما الباب الثالث : فقد تناول فيه الدعاوى والبيئات ومجامع الخصومات ، فبدأ بالدعوى ، وبين سيرها منذ البداية وجواب المدعى عليه بالاعتراف أو بالانكار أو بالسكوت وما يترتب على ذلك من أحكام اليمين وردّها والنكول ، والبيئات والقضاء على الغائب ، وتعارض البيئات ، والترجيح بينها .

٥ - وأما الباب الرابع : فقد ضم الشهادات ، تحملها وأداها وشروط الشاهد ، وصيغ الشهادات في الدعاوى ، والشهادة على الشهادة ، ومراتب الشهادة ، وشهادة الحسبة ، وشهادة النفي ، وتلفيق الشهادات .

٦ - وأما الباب الخامس : فقد بين فيه كتاب القاضي الى القاضي ، وحكم الكتابة وما يتفرع على ذلك من المباحث .

٧ - وأما الباب السادس : فقد خصصه للشروط المكتبة في المحاضر والسجلات والكتب الحكيمة ، وكتب الابتاعات والوثائق والاجازات وغير ذلك ، دون فيه النماذج والصيغ التي يمكن أن تكون مثالا للمعقود والابتاعات وهو باب فريد في علم كتابة الشروط على مصطلح ذلك العصر .

٨ - واختتم الكتاب بذكر مسائل مذهبية تجرى مجرى القواعد كثيرة التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم بين المتخاصمين كثيرة النفع

من يتعلمها ولا سيما الوكلاء (أو المحامين) الذين نصبوا أنفسهم للذب عن
موليهم ودفن المضار عنهم في مضائق فقهية شرعية لا يفهمها من لم يحظ
بجملة صالحة من قواعد المذهب وأسراره •

أهمية الكتاب بالنسبة للفقهاء القضائي الشافعي :

وتجلى أهمية كتاب أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبي اسحاق
ابن أبي الدم الهمداني بالنسبة للفقهاء القضائي الشافعي ، في كونه قد صور
لنا الأبعاد الفكرية لنظرية الإثبات ، وما يستند إليه الحكم في ظل النظام
القضائي الاسلامي من وجهة نظر المذهب الشافعي كما يصور لنا الجذور
التاريخية لكثير من النظريات القانونية التي تسير وفقها القوانين الحديثة
وأصول المرافعات في عصرنا ، ويبين لنا مدى تأثير التشريعات الحديثة
بالتشريع الاسلامي الذي يعد ذخيرة فكرية عميقة ينهل منها المشرعون على
مر السنين ، كما يصور لنا واقع النظام القضائي آنذاك بقلم شخص مارس
القضاء وعرف ما فيه عن حسنٍ وتجربة ومعاناة ، فلم يعدم النظرة الواقعية ،
وعن ايمان وتقوى ، فلم يعدم التسديد في الاستنباط ، وعن دراية ورواية ،
فلم يعدم النظرات الصائبة والتدوين لكثير من آراء من سبقوه من أئمة
المذهب الشافعي ممن ضاعت كتبهم ، أو ما تزال مخطوطة مما يعد وثيقة
تاريخية في تطور التشريع القضائي ، ولا أدل على ذلك من القائمة الضخمة
من أسماء الفقهاء الشافعيين الذين وردت أسماؤهم في ثنايا الكتاب •

وهو - بعد - قد رسم للقضاة منهجا قويا في أنفسهم وأخلاقهم ،
كما رسم لهم منهجا سديدا في عملهم فهو كتاب جليل يعد من غرر العلم
القضائي وآدابه •

نهج المؤلف في كتابه أدب القضاء :

١ - لما قامت الحاجة الى وضع كتاب في أدب القضاء يتضمن جملة من آدابه وأحكامه ، ونبذة من الدعاوى والبيئات ، وما يجرى لدى الحكام من الخصومات ، وطرفا من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر ، وضع المؤلف كتابه هذا ليسد تلك الحاجة ، متضمنا ما اصطلح عليه الحكام من المراسم الشرعية ، والوقائع الحكمية التي ينتفع بها الحكام ، وتابعوهم من الكتاب والوكلاء (أي المحامين بلغة عصرنا) والمتداعين ، ثم اتبع ذلك بذكر النماذج في علم كتابة الشروط في مصطلح تلك البلاد كما يقول المؤلف (٢٣) .

لذلك جاء كتابه مصورا لواقع يعاش آنذاك ، مسجلا لطواهر كانت تجري على ساحة الحياة ، غير مقتصر على الأمور النظرية الصرفة التي اعتاد الفقهاء على قصر كتبهم عليها ، فكثيرا ما كان ابن أبي الدم يشير الى ما جرى به رسم القضاء آنذاك (٢٤) ، ونتيجة لذلك اهتم بفقه الشروط كثيرا ، وقدم نماذج كثيرة في نهاية الكتاب ، بل لعل ذلك أحد أهداف الكتاب حين صرح فقال :

« وليس الغرض من وضع هذا الكتاب الا ذكر فقه الشروط » (٢٥) .
فأتمى بصيغ جاهرة لمقود تكثر الحاجة العملية اليها ، مع الاقتصار على النموذج لكل ظاهرة كمثال عليها .

٢ - ولما كان القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم

(٢٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٢ .

(٢٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦١ ، ٤٥٥ ، ٤٦٣ ، ٦٤١ .

(٢٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٠٦ .

قد مارس القضاء حقبة طويلة من حياته ، فخير القضاء نظريا وعمليا نجده يتكلم بلسان القاضي الذي يستفيد من خبرته في ما يكتب • وقد أشار الى ذلك في ثانيا كتابه (٢٦) •

٣ - ولما كان ذلك مقصدا مهما من مقاصد الكتاب كان ذلك داعية لأن يوجز في الموضوعات الأخرى ، ويعرض عن ذكر التفصيل ، مصرحا بأنه لا يريد الاطالة في هذا الموضوع ، لأن الكتاب لم يوضع للتفصيل في هذه الموضوعات (٢٧) •

وتج عن ذلك أنه كان كثيرا ، بل كثيرا جدا ، يدع التعليل ، فيكتفي بقوله : (فيه وجهان) أو (فيه ثلاثة أوجه) ثم لا يذكر تعليلا ولا دليلا •

وقد تأثر في ذلك بفتية شافعي سبقه الى ذلك كان ابن أبي الدم كثير النقل منه ، مستحسنا عباراته ، متنيا على تفصيله ، وان تتبع بعض أقواله ، ذلك هو الامام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي في كتابه الحاوي الكبير وتفسيره النكت • اذ كان يذكر الوجوه في الغالب تاركا التفصيل في ذلك •

٤ - وقد سار القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله ابن أبي الدم الهمداني في معالجة الموضوعات على خطة تلخص في أنه كان كثيرا ما يفتح الموضوع الذي يبحثه بمقدمة هي أشبه بالقاعدة العامة لما سيتلوها من مسائل ، كالذي قدم به للفصل الثالث من الباب الأول مثلا في كيفية عقد القضاء ، اذ قال : وتقدم عليه أمور ثلاثة ... (٢٨)

(٢٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٦٧٣ •

(٢٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٠ ، ٥٣٣ •

(٢٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥ •

وما قدم به للفصل السادس من الباب الثاني في نقض القاضي قضاءه الذي وقع منه (٢٩) .

وما قدم به للفصل السادس من الباب الثالث في التداعي بين المتخاصمين (٣٠) .

وما قدم به للباب الرابع في الشهادات (٣١) .

وهكذا ..

ثم يأتي الى الموضوع فيذكر أقوال الفقهاء الشافعية فيه ، منسوبة الى أصحابها ، موثقا ذلك بنصوصهم ، وقد يستغرق النص الواحد صفحة كاملة ، أو أكثر ، لاسيما ما ينقله عن أقضى القضاة الماوردي (٣٢) ، وعن القاضي أبي الطيب الطبري وإمام الحرمين ، والشيخ أبي علي السنجي ، وغيرهم وهم كثيرون ، فهو ينقل أقوالهم بنصها حيناً ، وأحياناً باختصار ثم يوجهها ، ويرجح بينها (٣٣) ، وقد يسكت عن الترجيح ، ويكتفي بذكر القولين أو الوجهين ، وقد يستبد أحدهما أو كليهما ، فيقول مثلاً : « وهذا الوجه يعيد لكننا نذكر هذه الوجوه لقرابتها وحسنها وحصرها والاطلاع عليها (٣٤) » .

وقد بينى المسائل المختلفة على أصل تتفرع عنه (٣٥) .

(٢٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ .

(٣٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥٣ .

(٣١) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٣٤ .

(٣٢) انظر مثلاً الفقرة : ٤٠ .

(٣٣) الفقرة : ٦٣٨ .

(٣٤) انظر مثلاً الفقرة : ٢٠٦ .

(٣٥) انظر الفقرة : ١٨٧ ، ٦٣٢ .

ويختتم الفصل في الغالب أيضا بخاتمة تكون كالقاعدة له (٣٦) .
 وإذا ما فرع بعض المسائل على ما نقل من الأقوال أخذ الزهرو
 والاستحسان لما رتب ، فتراه في نهاية الأبواب أو الفصول (٣٧) يشير الى
 أن هذا من لطيف الفقه ودقيق البحث والنظر (٣٨) ، أو يقول : فليأخذ
 الناظر في كتابنا هذا هذه المسائل الحسنة والوجوه الغريبة المستحسنة التي
 نستخرجها من كتب المذهب ، ونجهد أنفسنا في اظهارها كما تراه صفوا
 عفوا ، قرب ساع لقاعد والأجر على الله جل ثناؤه ، وهو المستعان ، وعليه
 التكلان (٣٩) .

مصادر ابن أبي الدم :

في كتابه ادب القضاء :

استمد الشيخ شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف
 بابن أبي الدم مادته في أدب القضاء من كتب الامام محمد بن ادریس
 الشافعي رضى الله عنه وكتب أصحابه والفقهاء الذين أتوا من بعدهم ،
 والذين ساروا على منهجه ، وقد بلغ عدد هؤلاء الأئمة المذكورين في هذا
 الكتاب بضعة وأربعين فقيها ، لكل واحد منهم تأليف أو تأليف ، بعضها
 كتب عامة في الفقه ، كالأم للشافعي ومختصر المزني ، وتعليق القاضي أبي
 الطيب الطبري ، والحاوي الكبير للماوردي والمهذب لأبي اسحاق ،
 والبسيط والوسيط للغزالي والابانة للفوراني ، والتمة للمتولي ، والتعليق

(٣٦) انظر مثلا الفقرة : ٦٠٧ ، ٦٨٠ .

(٣٧) انظر مثلا نهاية الباب الاول ، ونهاية الباب الثالث ، ونهاية الباب
 الخامس .

(٣٨) انظر الفقرة : ٢١٢ ، ٣٩٨ ، ٥٣٣ .

(٣٩) انظر الفقرة : ٥٧٥ .

الكبير للقاضي حسين ، والتلخيص لأبي العباس بن القاص ، والتقريب
للشاشي ، والتهذيب للبعوي ، والذخائر لمجل بن جميع ، والسلسلة لأبي
محمد الجويني ، والشرح الكبير لأبي علي السنجي والمجموع الكبير
للمحاملي ، ونهايب المطلب لامام الحرمين وغيرهم •

وبعضها كتب مختصة في القضاء ، كأدب القضاء لابن الحداد المصري ،
وأدب القضاء (أو أدب القاضي) لأبي العباس بن القاص الطبري ، وأدب
القاضي لأبي عاصم العبادي ، وشرحه المسمى بالاشراف في أدب القضاء
الحكومات لأبي سعد الهروي ، وغير ذلك •

فاستطاع بمقدرته أن يجمع بين هذه المصادر المتنوعة ، ويؤلف
المختلف ، بما أوتي من قوة البيان وسداد النظر ، فاستعت له موارد ،
واستقامت له شواردها ، وكان كثير الاعتماد على الماوردي في كتابه أدب
القاضي من الحاوي الكبير ، وامام الحرمين في نهاية المطلب ، وعلى الشيخ
أبي علي السنجي في شرحه الكبير ، والقاضي أبي الطيب الطبري فنعمهم
كان يصدر ، ومنهم كان يستمد •

آثاره في ما تلاه من الكتب :

ولكتاب (أدب القضاء) للقاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن
عبدالله بن أبي الدم آثار فيما تلاه من الكتب :

فاضافة الى ما ذكرناه في موضوع مكانة المؤلف العلمية والأدبية
نفسول :

ان كتاب أدب القضاء قد رزق حظا من الشهرة بين المشتغلين بالفقه
والقضاء ، فكانوا يعتمدونه وينقلون عبارته ، ويروون حكايته عن أئمة
المذهب ويشيرون اليها :

فقد نقل عماد الدين أحمد بن العماد الأتفهي^(٤٠) (المتوفى ٨٠٨هـ) فصولاً طويلة من هذا الكتاب في كتابه (توقيف الأحكام على غوامض الأحكام)^(٤١) بما يربو على عشرين ورقة ، جعلناها لطولها نسخة من نسخ التحقيق (وهي المرموز إليها بنسختي ق ، ظ) .

ونقل عنه شيخ الاسلام ابن حجر المكي الهيثمي^(٤٢) (المتوفى ٩٧٤هـ) في فتاواه^(٤٣) ، وفي تحفة المحتاج^(٤٤) .

والعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس شمس الدين أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي^(٤٥) (المتوفى ١٠٠٤هـ) في فتاواه^(٤٦) وفي حاشيته على اسنى المطالب^(٤٧) ، وفي نهاية المحتاج^(٤٨) .

(٤٠) المترجم له في البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني : ٩٣/١ رقم الترجمة : ٥٣ ، وحسن المحاضرة : ٢٤٩/١ ، ومعجم المؤلفين : ٦٢/٢ .

(٤١) انظر موضوع الأصول الخطية لكتاب أدب القضاء ، وانظر بشأنه كشف الظنون ٥٠٨/١ .

(٤٢) المترجم له في معجم المؤلفين : ١٥٢/٢ .

(٤٣) الفتاوى الكبرى الفقهية : ٢٩٠/٤ ، ٣٠٥ ، ٣٤٦ .

(٤٤) انظر تحفة المحتاج المطبوعة مع حاشيتي العلامتين الشرواني وابن قاسم في مواضع منها في ح ١٠ ص ١٤٩ .

(٤٥) المترجم له في معجم المؤلفين : ٢٥٥/٨ .

(٤٦) فتاوى الرملي (على هامش الفتاوى الكبرى) ١٣٤/٤ ، ١٤٥ .

(٤٧) حاشيته على اسنى المطالب مطبوعة على هامش شرح روض الطالب : ٢٨٦/٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ ، ٣١٩ ، ٣٦٤ ، ٣٧٠ ، ٣٧٩ .

(٤٨) نهاية المحتاج : ٣٠٠/٨ ، ٣٠٢ ، ٣٠٦ .

والامام جلال الدين السيوطي (المتوفى ٩١١ هـ) في الأشباه
والنظائر (٤٩) .

والشيخ محمد الشربيني الخطيب (٥٠) (المتوفى ٩٧٧ هـ) في مغنى
المحتاج (٥١) .

والسيد أبو بكر المشهور بالسيد البكري (من متأخري الشافعية)
في كتابه اعانة الطالبين (٥٢) .

والشيخ سليمان البجيرمي (٥٣) (المتوفى ١٢٢١ هـ) في حاشيته (٥٤)
على منهج الطلاب .

والشيخ الاسلام أبو يحيى زكريا الانصاري (٥٥) (المتوفى ٩٢٦ هـ)
في اسنى المطالب (٥٦) شرح روض الطالب .

والشيخ سليمان الشهير بالجميل (٥٧) (المتوفى ١٢٠٤ هـ) في
حاشيته (٥٨) على منهج الطلاب للأصاري .

(٤٩) الأشباه والنظائر في فروع وقواعد الفقه الشافعي : ٤٩٢ ، ٤٩٥ ،
٤٩٨ ، ٥٠٠ .

(٥٠) المترجم له في معجم المؤلفين : ٢٦٩/٨ .

(٥١) مغنى المحتاج : ٤/٤٠٠ ، ٤٠٥ ، ٤١٦ ، ٤٤٩ .

(٥٢) اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للمليباري ، ج ٤ ص ٣٠٢ ،
٣٠٣ .

(٥٣) المترجم له في معجم المؤلفين : ٢٧٥/٤ .

(٥٤) حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ج ٤ ص ٣٨٥ - ٣٨٦ .

(٥٥) المترجم له في معجم المؤلفين : ١٨٢/٤ .

(٥٦) اسنى المطالب : ج ٤ ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ .

(٥٧) المترجم له في معجم المؤلفين : ٢٧١/٤ .

(٥٨) حاشية الجمل على شرح المنهج : ٣٦٨/٥ ، ٣٧٨ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ،
٤٠١ .

في نقول كثيرة عنه تفريعا ، ومعارضة ، وترجيحا ، مما يدل على
اعتماده لديهم ، وحسن موقعه من الفقه الشافعي عموما .

الأصول الخطية لكتاب :

أدب القضاء :

عزت نسخ هذا الكتاب ، وشيوع الكتاب وانتشاره ، حظ يؤتاه
مصنفه ، فلم تصل إلينا من نسخ مخطوطات كتاب أدب القضاء للقاضي
شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بأبي أبي الدم إلا
ثلاث نسخ ، اثنتان منهما ناقصتان ، والثالثة كاملة ، إلى جانب نقول طويلة
منه . وعلى كل حال لم تكن واحدة من هذه النسخ بخط المؤلف .
واليك وصفا لهذه النسخ :

١ - النسخة الأصلية :

وهي النسخة الخطية التي احتفظت بها مكتبة (جستر بيتي
Chester Beatty) (٥٩) بدبلن في أيرلند . ت الرقم (٤٩٩٢) .

وقعت هذه النسخة في ١٤٠ ورقة بمجم . ١٧٢٨ سم × ١٣٢٨ سم
بخط معتاد غير منقوط في الغالب ، يقرب من النسخ بمعدل ٢٣ سطرا في
الصفحة ، واحدى عشرة كلمة في السطر الواحد .
وهي نسخة نفيسة ذكر فهرسها أنها مقابلة ومصححة على نسخة

(٥٩) أنظر :

Arthur J. Arberry: The Chester Beatty
Library, a handlist of the arabic manuscripts
(Dublin 1963) Vol. VI p. 165 No. 4992.

المؤلف وقد وقع الفراغ من تعليقها في الثامن عشر من صفر الحرام سنة ست وستين وستمائة (٦٠٠) .

وقد تميزت بأنها مصححة وعلى جانب من الدقة فضلا عن أنها أقدم النسخ لذلك اعتبرتها أصلا للكتاب ، وقد سقطت منها كراسة كاملة بعد الورقة (٥١) وإن كان الترقيم كاملا ، مما يدل على أن الترقيم حصل أخيرا ، وقد اعتمدنا في إثبات النقص على النسخة (ب) الآتية بالاستعانة بالنسخة الأخرى (م) .

٢ - نسخة (ب) :

وهي النسخة الخطية التي ضمتها مكتبة دار الكتب المصرية (٦١) بالقاهرة تحت الرقم ١٢ فقه حنفي حليم ، وأدرجت خطأ ضمن كتب الفقه الحنفي .

وقعت هذه النسخة في ١٤٦ ورقة بقياس : ٢٧ر٣ سم × ١٨ر٠٠ سم وقياس الكتابة : ١٩ر٤٠ سم × ١٢ر٠٠ سم وبمعدل خمسة وعشرين سطرا في الصفحة الواحدة ، وبمعدل ١٢ كلمة في السطر الواحد .

كُتبت هذه النسخة بخط نسخ جميل متقن منقوط ومشكول في الغالب وقد حليت عناوينه ورؤوس مسائله بالمداد الأحمر .
وقد قرغ من كتابتها ناسخها محمد بن محمد بن بهادر في السامع عشر من شهر شوال سنة ست وأربعين وثمانمائة .

(٦٠) نفس المصدر .

(٦١) لم يضمها فهرس الكتب العربية الموجودة بدار الكتب لغاية سنة ١٩٢١ (دار الكتب ١٩٢٤) وإنما أضيفت إلى الدار مؤخرا بعد ضم مكتبة حليم إليها .

وعليها تملكات أحدها مؤرخ سنة ٩٧١هـ ، والآخر مؤرخ سنة

١٠٧٠هـ •

وهي نسخة نفيسة على الرغم من تأخرها ، فقد كانت هي النسخة الكاملة الوحيدة فضلا عن أنه قد ورد في أثنائها في الورقة ٤٨/أ ما نصه :
(مبيض هنا في نسخة قوبلت على نسخة المصنف) •

وقد كانت هذه النسخة معينا لي لقراءة الأصل لوضوح خطها وضبط
كلماتها بالشكل مع التنقيط ، كما كانت مرجعا لاكمال ما انطس من
الأصل بفعل الرطوبة وعاديات الزمان •

٣ - نسخة (س) :

وهي النسخة الخطية التي ضمنها المكتبة الوطنية باريس^(٦٢) تحت
الرقم ٩٩٦ •

وقد وقعت في ١٥٧ ورقة ، بقياس : ٣١سم × ٢١سم بمعدل ١٩
سطرا في الصفحة الواحدة و (١١) كلمة في السطر الواحد ، بخط نسخي
واضح مقروء كثير الشكل ، وقد أرخت سنة ٨٥٢هـ •

وهي نسخة تقل عن النسختين السابقتين شأنا ، لكثرة السقط فيها ،
لكونها ناقصة أولا ، اذ سقط الباب السادس في الشروط المكتبة في المحاضر
والسجلات والكتب الحكيمة ، وهو باب كبير جدا ، ولكونها كثيرة النقص ،

(٦٢) أنظر :

De Slane: Catalogue des manuscrits
arabes de Bibliotheque Nationale (Imprimerie
Nationale 1883) P. 199 No. : 996.

اذ قد تسقط الكلمة والكلمتان ، والسطر والسطران في بعض الأحيان وفي
أحيان أخرى قد تسقط المسألة بكاملها .

ويبدو أنها نقلت من أصل مستقل عن النسختين السابقتين ، ولذلك
أثبتت منها في تقويم النص وتوثيق اضافة الساقط من الأصل .

٤ - نسخة (ط) :

وهي عبارة عن ورقات منقولة عن كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ،
تحتوي على فصول متفرقة وقعت في ٢١ ورقة ، ضمها المخطوط المجهول
العنوان والمؤلف الذي وضع عليه اسم (كتاب في أحكام النكاح) يحمل
الرقم ٤٣٨٢ عام من المكتبة الظاهرية بدمشق ، تشغل هذه المقولات الأوراق
من ٩٢/أ الى الورقة ١١٣/أ ، وقد أرخ هذا المخطوط بسنة ٨٨١هـ ، نبهني
إليها صديقنا الكريم الدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، وتكرم علي
بنصويرها وارسلها الى ، فله مني الشكر والثناء عن العلم وأهله .

ولما اطلعت عليها وجدتها قطعة من كتاب (توقيف الحكام على
غوامض الأحكام لشهاب الدين أبي العباس الأفهسي^(٦٣) أحمد بن عماد
ابن يوسف المصري الشافعي (المتوفى سنة ٨٠٨هـ) .

وبذلك تكون هذه النسخة هي والنسخة (ق) الآتية ، نسختين
لكتاب واحد .

٥ - نسخة (ق) :

وهي الصفحات (١٤٤ - ١٦٦) من كتاب توقيف الحكام على غوامض

(٦٣) مرت الإشارة الى مظان ترجمته قبل قليل .

الأحكام للأفقهسي المذكور ، نسخة دار الكتب المصرية المرقمة ٢١٩ فقه
يعمر ، والموجودة صورتها في معهد المخطوطات العربية بجامعة الدول
العربية .

وقد أفدت من النسختين (ظ ، ق) في توثيق قراءتي للنص في
الأصل ، على الرغم من كونها فصولا غير مرتبة كما رتبها المؤلف ، وسماها
مقتبسها الأفقهسي (فصولا متفرقة) ، وعلى الرغم من كونه لم يتقيد بعض
الأحيان بعبارة المؤلف ، فقد يحذف من الأصل شيئا ، وقد يتصرف بالعبارة
اختصارا أو إضافة وقد جاء في ختام هذه القول قوله (انتهى كلام ابن أبي
الدم ملخصا رحمه الله) .

عملي في التحقيق :

١ - اتخذت من النسخة الخطية المحفوظة في مكتبة جستر بني
بدلين في إيرلندة أصلا اعتمدت عليه ، لكون هذه النسخة مصححة أولا
ومقابلة ، على نسخة المؤلف كما يقول فهرسها ، ولكونها أدق عبارة ،
وأندم تاريخا .

٢ - استعنت بالنسخ الخطية الأخرى في تقويم ما انطمس في الأصل
بفعل الرطوبة والقدم ، وإكمال ما نقص من الأصل بمقدار عشر أوراق
تأتي بعد الورقة ٥١ منه اعتمدت فيها على نسخة (ب) بالدرجة الأولى
لكونها أثقن وأدق من نسخة (س) ، وقد وضعت الزيادات المأخوذة من
تلك النسخ بين قوسين معكوفين [] تبيها على زيادتها حين يقتضي الأمر
زيادتها ، والا أقوم بتثبيت الفروق في الهامش ، وهي فروق كثيرة جدا ،
ولذلك أثقلت الهوامش بالتعليقات .

٣ - وقد أفدت كثيرا من كتاب توقيف الحكم على غوامض الأحكام لابن العماد الأقفهسي الذي نقل إحدى وعشرين ورقة من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، ونسبها إليه ، على الرغم من أنها جاءت غير مرتبة على النسق الذي رتبته ابن أبي الدم ، فتقدمت عند الأقفهسي فصول تقتضي التأخر ، وتأخرت فصول حقها التقديم .

٤ - ولما كان كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم قد طبع أثناء انشغالي بتحقيقه ، فقد أضيفت الى عملي مهمة أخرى هي تصحيح الاخطاء المطبعية والأوهام التي فأت على محققه ، مع اعترافي له ببالغ الفضل كالذي ذكره من أن كتاب الحلية هو حلية أبي نعيم ، وإن كتاب الروضة المقصود به روضة النووي وغير ذلك .

٥ - وبعد أن تمت المقابلة ، واستقام النص رجعت الى كثير من الكتب التي اعتمدها المؤلف ونقل عنها ، وذلك لتوثيق النص وتقويمه ، سواء كانت تلك الكتب مخطوطة ككتاب الحاوي الكبير لأبي الحسن علي ابن محمد بن حبيب الماوردي الذي قمت بتحقيق أربعة أجزاء منه في موضوع أدب القاضي والشهادات طبع منها الأول والثاني ، ويوشك أن يطبع الثالث والرابع ، ان لم يكونا قد صدرا الآن في بيروت .

وكتاب أدب القاضي لأبي العباس بن القاص الطبري والاشراف في أدب القضاء وغوامض الحكومات لأبي سعد الهروي ، وروضة الحكم وزينة الأحكام لشریح الروياني ، وحلية العلماء للمستظهری ، والبحر في المذهب للروياني وغيرها أو كنت مطبوعة : ككتاب المذهب ، والتنبيه للشيخ أبي اسحاق الشيرازي والوجيز للغزالي .

٦ - وزيادة في التوثيق راجعت الكتب الفقهية التي ألفت بعده ككتاب الروضة للنووي والمنهاج وشروحه : معنى المحتاج ونهاية المحتاج

وحواشيه ، والمجموع ، وغير ذلك مما تيسر لي فأحلت على مظان بعض المسائل التي تكون هناك حاجة الى معرفة مظانها ، كما نهت الى مظان المسائل التي تناولها في المذاهب الأخرى غير الشافعية بحسب الوسم والمكنة .

٧ - وبينت آراء العلماء في المسألة اذا احتاج الأمر الى ذلك ، أو كانت عبارة المؤلف غير وافية بالمراد ، أو موهمة ، أو مخلة . كنقله الاتفاق بين الشافعية والحنفية في سماع الدعوى على الغائب في مسافة القصر^(٦٤) ، وكنفريقه بين الثقالين الشاشي والمروزي^(٦٥) وغير ذلك .

٨ - ثم بينت مواضع رواية الأحاديث التي وردت في الكتاب وأحلت على مصادرها ، وهي قليلة جدا قياسا لما ورد في أدب القاضي للماوردي فأعطيت صورة لقوة الحديث وضعفه من خلال تبين رواته ومخرجه .

٩ - وبينت أرقام الآيات وسورها وهي قليلة جدا .

١٠ - ولكون المؤلف مكررا في النقل عن الفقهاء الشافعية الذين سبقوه ، فقد ذكر طائفة كبيرة منهم ، قمت بإعطاء تعريف موجز لكل واحد منهم وأحلت على مصادر ترجماتهم ، ذاكرنا ما لا يقل عن أربعة مصادر قديمة ، أما الحديث فلم أذكر منها الا ما يكون في ذكره أهمية .

١١ - ونتيجة لكثرة نقوله يذكر أسماء كتب فقهية ، لم آل جهدا في التعريف بها وبصاحبها .

١٢ - قسمت الفصول المذكورة في الكتاب الى موضوعات جانبية

(٦٤) الفقرة : ٤٢٥ .

(٦٥) الفقرة : ٧٩٣ .

ليسهل على الباحث إيجاد مراده ، ووضعت العناوانات ضمن أقواس معكوفة [] تميزا لها عن كلام المؤلف •

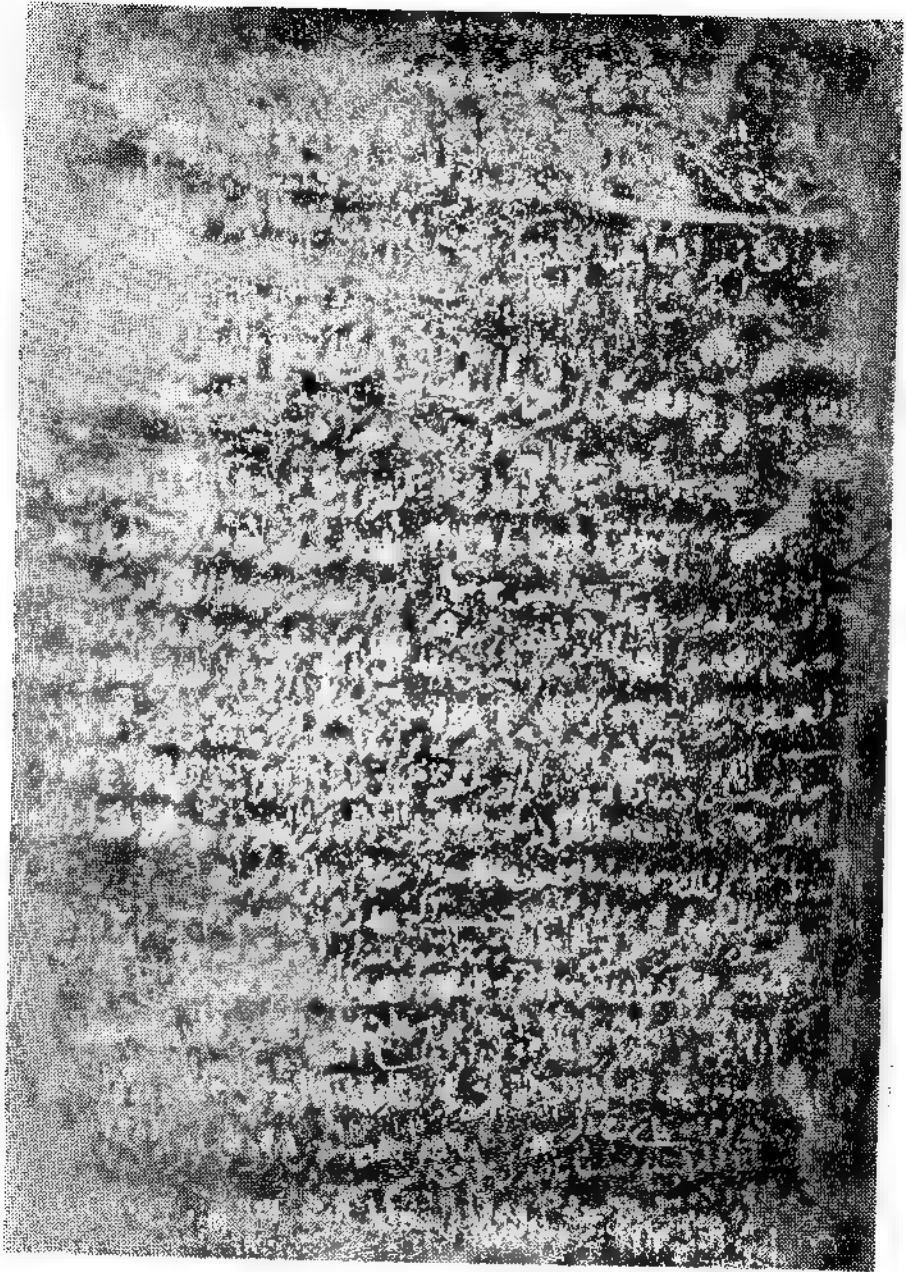
١٣ - وقسمت النص الى فقرات متسلسلة بأرقام محصورة بين أقواس معكوفة ، وكل فقرة هي في الحقيقة مدار مسألة ، وليس هذا الترفيم حدودا فاصلة بين المسائل ، وانما هي علامات لفكرة جديدة ، قد يكون لها ارتباط بما قبلها ، أو ما بعدها وقد لا يكون •

١٤ - وأشرت في التعليقات الى بعض المسائل التي تسبب الى انقاضي شهاب الدين ابي اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، وأحلت على المصادر التي ذكرت تلك المسألة ، وهي مهمة شاقة بلاشك •

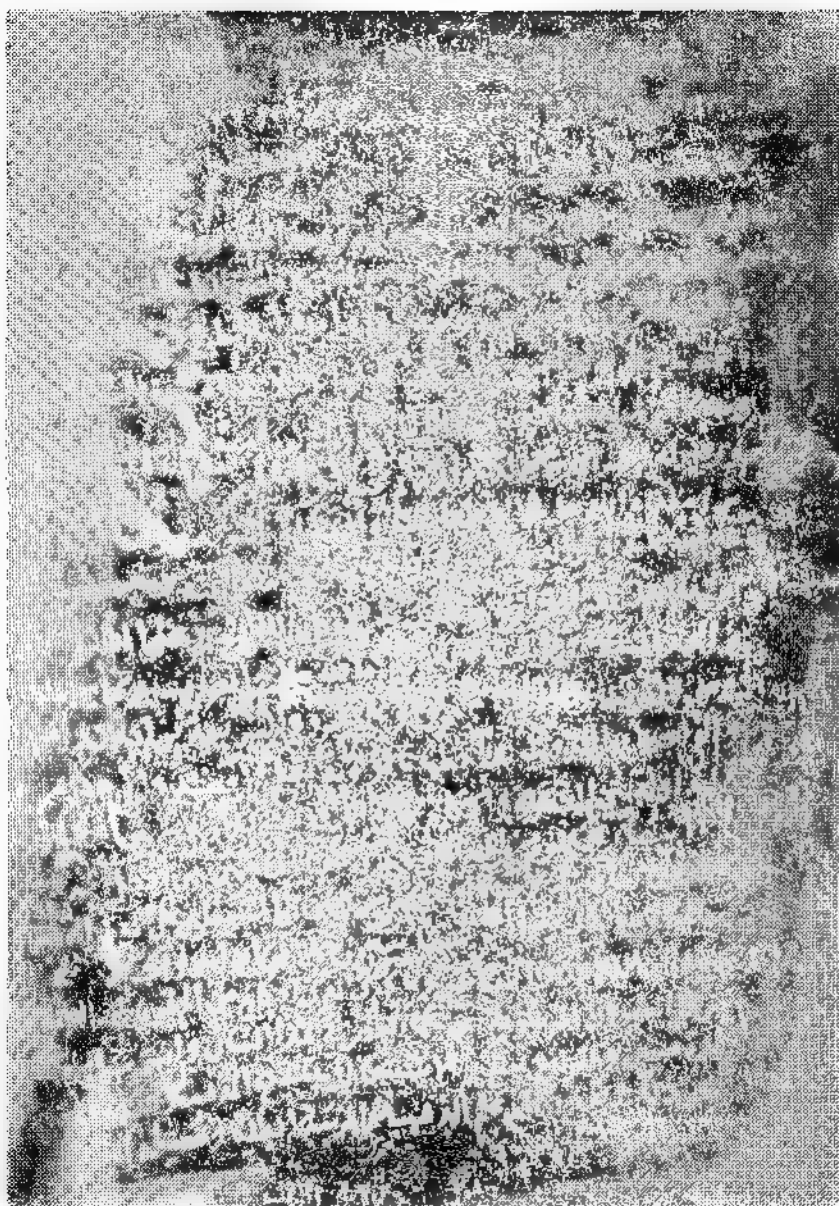
١٥ - قد تضطر الحاجة الى توضيح معنى كلمة أو مصطلح فاستشرت في ذلك عددا من المعاجم اللغوية والفقهية وكتب الاصطلاحات •

١٦ - وأخيرا فان العمل في التحقيق أمانة تستوجب دقة واختلاصا ودأبا ، وقد حرصت في عملي - كما هو شأنني في أعمالي السابقة - على أن يكون خالصا لوجه الله جل شأنه ، فان تقبّله فله الحمد وإلا من الإنسان غير معصوم ، فرحم الله من أهدى إلينا عيوبنا ، ربنا تقبل منا وتب علينا أنك أنت التواب الرحيم •

نماذج من بدايات النسخ الخطية ونهاياتها



اللوحة رقم (١)
صورة غلاف الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بدبلن - أيرلندا



اللوحة رقم (٢)

صورة الصفحة الأولى من الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بـدابلن -
ايرلندا



اللوحة رقم (٣)

صورة الورقة الأخيرة من الأصل المحفوظ في مكتبة جستر بيتي بدبلن -
ايرلندا



اللوحة رقم (٤)
صورة غلاف النسخة (ب) المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ١٢ لقه
حنلي حليم

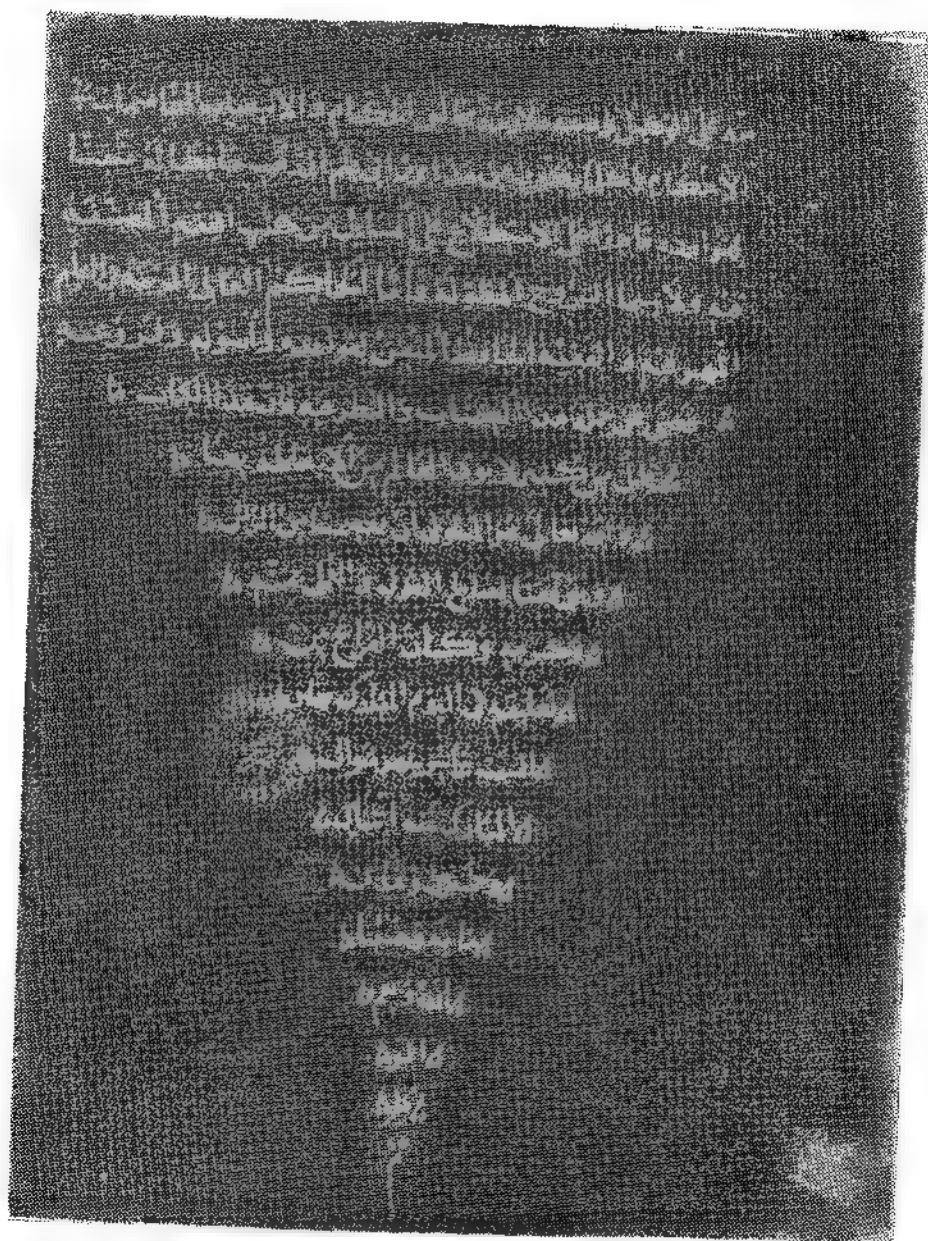


اللوحه رقم (٦)

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (ب) المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم
١٢ فقه حنفي حليم



اللوحة رقم (٧)
صورة غلاف النسخة (س) المحفوظة في المكتبة الوطنية بباريس



اللوحة رقم (٩)
صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (س) المحفوظة في المكتبة الوطنية ببافيس

[illegible][illegible]

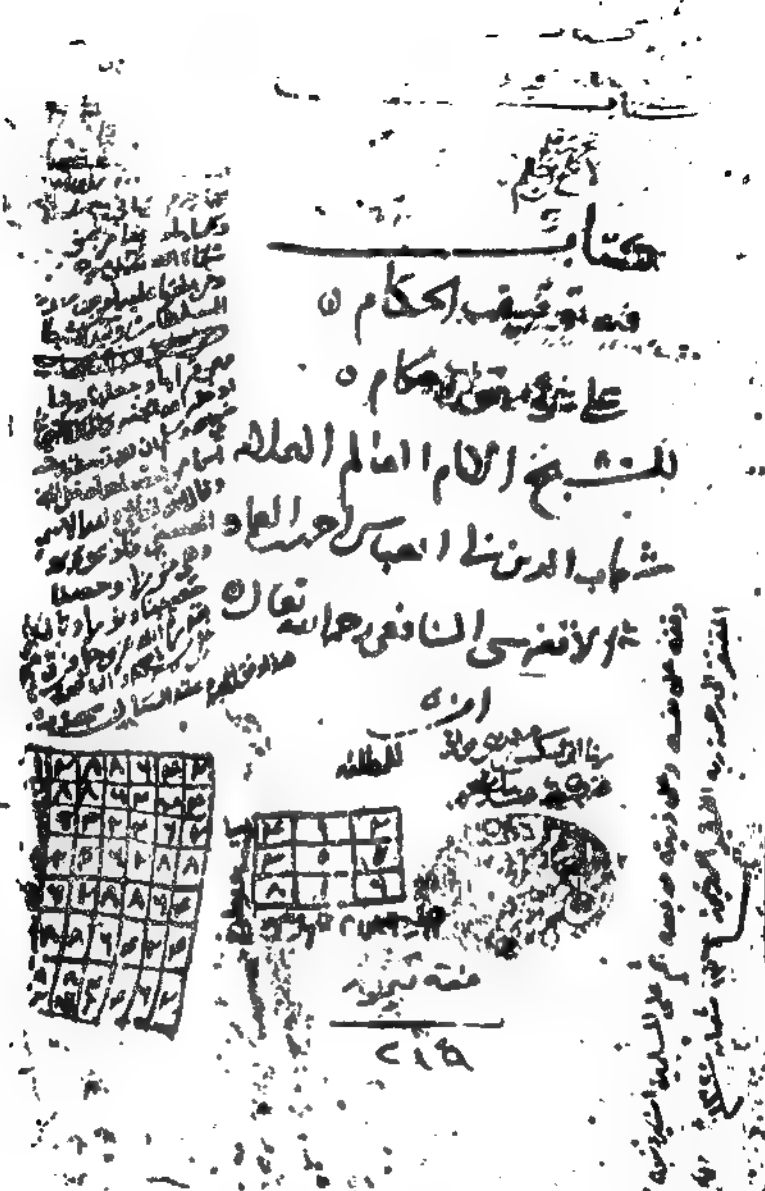
اللوحة رقم (١٠)

صورة الصفحة ٩٢/١ من كتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة الفاهرية بدمشق

منسها الرعي فانه يكون قربا على انا الاروك والجزيرة وجزعها وسما
بالحرار نصف الخاص فانه لا يبرم الا بعد البرق فانه في الماء كدرب
الوقوف عليه فلا الماء ويحكي في حق من يفرج الارياك وحسبها
فهم المقلدوا السبعة المصوبة من هذه الملام وكذا انهم يفرج
على ان لا يفرج وقد فوه ولا مد الشربة دون ولا ماء المالح
وقد كانت صور حسمها الجهره اذا لم يفرجها وطما وشها
لما لم يردوها ابدا رجعت على الخج والبرق فانه لا ماء
الركه اذا بلغت ريشته ثم طول اسنمها فان وليا لها انما لم ولا
رعيها الا انما اوصيه او الغريب ودل على انهم وعطسوا في
غلات ذلك كما سبق فان يقبلوا ان كان سبها وليا للملح
واراد الشرب فولي اسنم الملام ود لا يبرق فانه يفرج من
السيمة والسبيحة فاستقصى رعيهم بعد ان انما كذا فيهم
ممنوعة في حق السبيحة ود لها البرية له في انما الكفا فانه
على انما انما انما لا يفرج انما الكفا وما هي في مقدم وانما
السبيحة كلكه في حق سبيحة سبيحة كما انما لا يفرج في حق السبيحة
ما لا يحكي ولا يبرق والمذرب في السبيحة لا يبرق فيه لان الرعي لا
يبرق منه ما انما الكفا والركه سبيحة ما انما الكفا في انما الكفا

[illegible]

صودة الصفحة ١١٢/ب من كتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة الظاهرية
بدمشق



اللوحة رقم (١٢)
صورة الغلاف لكتاب توقيف الحكام نسخة المكتبة التيمورية بدار الكتب
المصرية

الباب الثالث

دراسة لبعض المسائل التي وردت في الكتاب
يضم هذا الباب توطئة وأربعة فصول
الفصل الأول : نظرية القضاء عند ابن أبي الدم
الفصل الثاني : الدعوى عند ابن أبي الدم
الفصل الثالث : طرق الاثبات عند ابن أبي الدم
الفصل الرابع : الاحكام التي يصدرها القاضي
ونقضها

توطئة

رسم القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم في كتابه (أدب القضاء) منهجا قويمًا للقضاة في أنفسهم ، وفي عملهم ، مستبطلا من التشريع الاسلامي ، على وفق مذهب الامام محمد بن ادریس الشافعي رضي الله عنه وقواعده الأصولية التي سار عليها ، وعلى وفق اجتهادات أصحابه ، وتخريجاتهم • بين فيه نظرية القضاء في التشريع الاسلامي ، وشروط ولاية القضاء ، ومجلس القضاء ، وآداب الجلسات ، وطريقة سير الدعوى ، والاجراءات للتبعية منذ البداية ، وما يتبع ذلك من اجراءات الاثبات ، واستحضار الخصوم ، والمرافعة ، واصدار الحكم ، وتنفيذه ، أو الكتابة به ، والظمن في الحكم ونقضه ، وتدوين تلك الأحكام في المحاضر والسجلات وشروط تلك المحاضر والسجلات ، وزود الكتاب بصور ونماذج من عسود الالبياعات ، والشركة ، والاجارات ، والوقوف ، وغير ذلك ، وعقد في خاتمة الكتاب فصلا تضمن مسائل تجرى مجرى القواعد ، كثيرة التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم ، كثيرة النفع لمن يتعلمها ، ولا سيما الوكلاء ، أو المحامين ، الذين نصبوا أنفسهم للدفاع عن موكلهم •

فمرامي الكتاب ببيلة ، وآفاقه رحبة مديدة ، تقصر الهممة عن تدارس شيء يسير منها ، بله كلها •

لذا سنقتصر في دراستنا هذه على أربع نقاط في أربعة فصول على الوجه الآتي :

- الفصل الأول : نظرية القضاء عند ابن أبي الدم
- الفصل الثاني : الدعوى عند ابن أبي الدم
- الفصل الثالث : طرق الإثبات عند ابن أبي الدم
- الفصل الرابع : الأحكام التي يصدرها القاضي وقضها

الفصل الأول

نظرية القضاء عند ابن أبي اللثم

معنى القضاء :

القضاء في اللغة^(١) يطلق ويراد به ممان منها :

الالزام ، ولذلك سمي الحاكم قاضيا ، لأنه يلزم الناس الاحكام .
ومنها التقدير : يقال : قضى الحاكم على فلان بالنفقة - أي قدرها عليه .

ومنها الأمر : ومنه قوله تعالى : « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه »^(٢) أي أمر .

ومنها اقامة شيء مقام غيره ، ومنه قولهم : قضى فلان دينه ، أي أقام ما دفعه اليه مقام ما كان في ذمته .

وغير ذلك من المعاني .

والقضاء في الاصطلاح^(٣) : يطلق ويراد به فصل الخصومات بقول

(١) انظر مادة (قضى) في القاموس : ٣٨١/٤ ، تاج العروس :

٢٩٦/١٠ ، المصباح المنير : ٧٨١/٢ .

(٢) الاسراء : ٢٣ .

(٣) انظر في تعريفه : حاشية رد المحتار ١٥٢/٥ ، تبصرة الحكام :

١٢/١ ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون المسمى بدستور العلماء :

٧٢/٣ ، الفروق : ٥٣/٤ ، السراج الوهاج على المنهاج : ٥٨٧ ،

مغنى المحتاج : ٢٧٢/٤ ، حاشية عميرة : ٢٩٥/٤ ، نهاية المحتاج :

٢٢٤/٨ ، التعريفات : ١٥٥ حاشية الجمل على شرح المنهج :

٣٣٤/٥ .

ملزم صادر عن ذي ولاية عامة •

ولما كان القضاء بين الناس ، وفض النزاع بينهم فرض كفاية كما يقول شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ^(٤) ، بل هو عنده من أهم فروض الكفايات ^(٥) ، ومن أسنانها ^(٦) ، حتى ذهب امام الحرمين ^(٧) والغزالي ^(٨) الى تفضيله على الجهاد ، لما في الناس من التنافس ، وللإضرار اليه « كان من أفضل القربات ، وأرفع الطاعات » كما يقول ابن أبي الدم ^(٩) ، بل هو كما يعبر عنه في موضع آخر « تلو النبوة » ^(١٠) •

ومن هنا كان علم القضاء « من أجل العلوم قدرا ، وأعزها مكانا ، وأشرفها ذكرا ، لأنه مقام علي ، ومنصب نبوي ، به الدماء تعصم وتسفع ، والأبضاع تحرم وتكبح ، والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز منها وما يحرم ويكره ويندب » ^(١١) •

لذلك كان منصبه خطيرا ، ودوره كبيرا •

دليل مشروعية القضاء ولزومه عند ابن أبي الدم :

ثبتت مشروعية القضاء ولزومه عند ابن أبي الدم ^(١٢) بالكتاب

(٤) انظر أدب القضاء ، الفقرة : ٩ ، ٢٤ ، ٢٥ ، وقابل ذلك بما في

الوجيز للغزالي : ٢٣٧/٢ ، معنى المحتاج : ٢٧٢/٤ •

(٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥ •

(٦) نهاية المحتاج : ٢٢٤/٨ •

(٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٧ •

(٨) نهاية المحتاج : ٢٢٤/٨ •

(٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٢ •

(١٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٥ •

(١١) تبصرة الحكام : ٥/١ •

(١٢) انظر أدب القضاء ، الفقرات : ٥ ، ٧ ، ٩ ، ٢٤ •

والسنة والاجماع ، وزاد فقهاء آخرون العقل والعرف :

١ - أما الكتاب :

فآيات كثيرة جاءت تأمر بالحكم بما أنزل الله ، منها قوله :

« كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس في ما اختلفوا فيه » (١٣) .

وقوله :

« وأن احكم بينهم بما أنزل الله » (١٤) .

وقوله :

« فاحكم بينهم بما أنزل الله » (١٥) .

وغير ذلك من الآيات .

الى جانب آيات أخرى تزم المعتين من اجابة داعي الحاكم الى مجلس حكمه :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون » (١٦) .

وأخرى تمدح المتقادين لله المذعنين لأحكامه ، المستجيبين لرسول القضاة اذا دعوا الى مجلس الحكم قائلين سمما وطاعة :

« انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا » (١٧) .

• (١٣) البقرة : ٢١٣

• (١٤) المائدة : ٤٩

• (١٥) المائدة : ٤٨

• (١٦) النور : ٤٨

• (١٧) النور : ٥٦

٢ - وأما السنة :

فأحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم :
« إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد » (١٨) .

وقوله :

« القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة : قاض عرف الحق فقصى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار » (١٩) .

٣ - وأما الاجماع :

فقد تقلده المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم ، ووليه بعدهم أئمة المسلمين من أكابر التابعين ، وتابعيهم ، فصار بفضلهم اجماعاً (٢٠) .

وأما ما أورده القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم من الآثار في الترغيب عنه ، والترهيد فيه ، فإنما هو لبيان عظيم مسؤولية القاضي ، وجسامة العبء الملقى عليه ، خشية أن يزل ، أو يجور ، ومن هنا أورد لنا ابن أبي الدم أخباراً عن امتناعهم من الدخول فيه (٢١) .

(١٨) حديث : « إذا اجتهد الحاكم ... » متفق عليه من حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة ، انظر تخريجه في تعليقات الفقرة : ٥ من أدب القضاء لابن أبي الدم .

(١٩) حديث : « القضاة ثلاثة ... » رواه أبو داود عن بريدة . انظر تخريجه في تعليقات الفقرة : ٥ من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم .

(٢٠) أدب القضاء في الفقرة : ٧ .

(٢١) أدب القضاء ، الفقرة : ٦ ، ٨ .

٤ - وأما العقل والعرف :

فانه لما كان القضاء كما يقول الماوردي^(٢٢) أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ، والله تعالى يقول : « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر »^(٢٣) ولما في طباع الناس من التافس والتغالب ، ولما فطروا عليه من التنازع والتجاذب ، يقل فيهم التناصر ، ويكثر فيهم التشاجر والتخاصم ، اما تشبهة تدخل على من تدين ، أو لعناد يقدم عليه من تجور ، دعت الضرورة الى قودهم الى الحق والتأصف بالاحكام القاطعة لتنازعهم والقضايا الباعثة على تناصفهم •

ولأن عادات الأمم به جارية ، وجميع الشرائع به واردة •
ولأن في أحكام الاجتهاد ما يكثر فيه الاختلاف ، فلم يتعين أحدهما بين المختلفين فيه الا بالحكم الفاصل والقضاء القاطع^(٢٤) •

أحوال الناس في القضاء والقيام به وطلب الدخول فيه :

والقاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم^(٢٥) يرى أن أحوال الناس في القضاء ، والقيام به متباينة ، لاعتبارات مختلفة ، لذلك اختلف حكم القضاء بالنسبة لهؤلاء :

فمنهم من يتعين عليه القيام به ، فهو في حقه فرض عيني ، لا يسقط عنه اذا قام به غيره ، وذلك لعدم وجود من هو أكفأ منه علما ومقدرة •
ومنهم من يكون عليه فرض كفاية اذا لم يقم به غيره ، لوجود من

(٢٢) أدب القاضي للماوردي : ١٣٥/١ •

(٢٣) التوبة : ١١٢ •

(٢٤) أدب القاضي للماوردي : ١٣٥/١ - ١٣٦ •

(٢٥) أدب القضاء ، الفقرات : ٩ ، ٢٤ ، ٢٧ - ٢٩ •

- يشاركه في صفاته ، فإذا لم يقم به أحد منهم أئتموا جميعا .
- ومنهم من يكون في حقه مندوبا لتفضيله على غيره .
- ومنهم من يكون في حقه مكروها .
- ومنهم من يكون في حقه مباحا .
- ومنهم من يحرم عليه لكونه ليس من أهله .

وبناء على ذلك يختلف طلب الناس للدخول فيه بحسب هذه الدرجات :

- فيجب على بعضهم ، ويحرم على بعض ، ويستحب على بعض ويكره على بعض ، ويباح على آخرين والأولى لهم الامتناع حينئذ .

تقليد القضاء عند ابن أبي الدم :

تقليد القاضي في الأنظمة الحديثة ثلاث طرق (٢٦) :

- ١ - الانتخاب ، على اختلاف طرقهم فيه ، كأن يكون مباشرا ، أو على درجات ، أو بواسطة أفراد الشعب ، أو ممثلهم ، أو بواسطة هيئات معينة كالمحامين وغيرهم ، أو بواسطة لجنة تشريعية خاصة ... وغير ذلك من طرق الانتخاب .

وهذه الطريقة تضمن استقلال القضاء عن السلطين التشريعية والتنفيذية . إلا أنها قد يتوجه إليها النقد لكون السلطة القضائية فيه معرضة

(٢٦) انظر الدكتور ابراهيم عبدالمجيد : نظام القضاء في الاسلام : ٤٠ ، الدكتور نصر فريد محمد واصل : السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام : ١٣٣ ، أصول المرافعات للدكتور أحمد مسلم : ٥٢ ، القضاء في الاسلام وحماية الحقوق للدكتور عبدالعزيز خليل بدوي : ٢٢ .

للتأثر من جانب الأحزاب السياسية المسيطرة على الناخبين ، وقد تكون
الدعاية سببا في اعطاء الأفضلية لمن لا يستحقها وغير ذلك •

٢ - التعيين ، بأن تقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة •
ولهذه الطريقة مزايا ، منها مراعاة الكفاية عند القضاة بطرقها
المعروفة ، وتعيين الكفوء لهذه الولاية • وفي ذلك ما فيه من ضمان سير
القضاء سيرا حسنا محققا للعدالة •

الا أنها قد يتوجه إليها بعض النقد في أن السلطة القضائية خاضعة
للسلطات الأخرى وغير مستقلة بذاتها •

٣ - الجمع بين الانتخاب والتعيين : وذلك بأن يعين القاضي وينتخب
له محلفون لغرض التكامل •

ولكن القاضي شهاب الدين أبا اسحاق ابراهيم بن أبي الدم لم يشر
الا الى الطريقة الثانية ، وهي طريقة التعيين (٢٧) •
وهي منصوص الأئمة من الفقهاء الشافعية وغيرهم •

وربما وجدت الطريقة الأولى في كتب الفقهاء ، لكن في حالات
الضرورة فقط :

قال الماوردي :

« ولو اتفق أهل بلد قد خلا من قاض على أن قلدوا عليهم قاضيا ،
فان كان أمام الوقت موجودا بطل التقليد ، وان كان مفقودا صح التقليد ،
ونفذت أحكامه عليهم ، فان تجدد بعد نظره أمام لم يستدم النظر الا

(٢٧) انظر أدب القضاء الفقرة ٢٦ وما بعدها في الفصل الثالث من الباب
الأول •

بإذنه ، ولم ينقض ما تقدم من حكمه ، (٢٨) .

وعلى كل حال ليس ذلك نقضا في التشريع ، فانه ما دام أمر تصيب
القضاة بيد الامام أو بيد من يفوض اليه الأمر كقاضي القضاة مثلا فان
للإمام أو نائبه أن يفوض انتخاب القاضي الى أهل البلد مثلا ، أو الى هيئة
معينة من ذوي الخبرة ، وليس في ذلك ما يمنع ، ولم ينص على منعه أحد
من الفقهاء .

فضلا عن أن طريقة التعيين في ظل التشريع الاسلامي لا تتوجه اليها
قضية تخطى الكفايات والتأثير بالأهواء ، والمصلحة الخاصة (٢٩) ، أو خضوع
السلطة القضائية للسلطات الأخرى ، لأن الروازع في ظل هذا التشريع ديني
وليس دنيويا ، فعلى الامام يتبع واجب تعيين الكفوء المستحق لهذه الولاية
في الواقع وعين الأمر ، والقاضي مأثور بالعدالة حتى مع عدوه .

شروط ولاية القضاء عند ابن أبي الدم :

يرى القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه
لا يقلد منصب القضاء الا من توفرت فيه عشرة شروط (٣٠) على جهة
الاجمال هي :

الاسلام والحرية والذكورة والتكليف والعدالة والبصر والسمع
والنطق والكتابة والعلم بالأحكام الشرعية .

(٢٨) الأحكام السلطانية : ٧٦ ، وقد ضيق العبارة كثيرا في أدب القاضي
له فانظر ذلك في ج ١ ص ١٣٩ الفقرة ٤١ وما بعدها .

(٢٩) انظر تفصيل ذلك في كتاب نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم
عبدالمجيد : ص ٤٤ .

(٣٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠ وما بعدها .

ولكن هذه الشروط منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه .
فأما المتفق عليه : فثلاثة :

- ١ - الاسلام .
 - ٢ - الحرية .
 - ٣ - التكليف .
- فلا يصح تنقيذ الكافر والعبد^(٣١) والمجذون والصبي .
- لأن القضاء ولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على المسلمين .

أما المختلف فيه : فهي :

- ١ - سلامة الحواس كالسمع والبصر والكلام ، فلا يجوز قضاء الأحمى ولا الأعمى ولا الأخرس ، وذهب المالكية الى جواز قضائهم^(٣٢) ان ولوا .

- ٢ - البدالة : فلا يصح قضاء الفاسق . وذهب الحنفية الى أن البدالة شرط الأولوية^(٣٣) ، وذهبت طائفة من المالكية الى أنها شرط جواز لا شرط صحة^(٣٤) ، وعلى هذا فإن الفاسق تصح توليته القضاء ، ولو قضى صح قضاءه ، لحاجة الناس ، ولكن ينبغي أن لا يرضى ، ويأثم موليه ، والأولى لديهم أن يكون القاضي عدلاً ، كما أن الأولى أن القاضي لا ينقض بشهادة الفاسق .

وقد اتفق الجميع على أن المحدود في فذف لا تصح ولايته القضاء ،
كما لا تصح شهادته .

٣١) وقد شد ابن حزم فذهب الى جواز أن يلي العبد القضاء (انظر المحلى : ج ٩ ص ٤٣٠) .

٣٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٣٠/٤ ، تبصرة الحكام : ٢٤/١ .

٣٣) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين انصهر الشهيد : ١٢٩/١ ، مجمع الأنهر : ١٥١/٢ ، الفتاوى الهندية : ٣٠٧/٣ .

٣٤) تبصرة الحكام : ٢٤/١ .

٣ - الذكورة : فلا يصح تقليد المرأة القضاء عند الجمهور ، لقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء » (*) ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » (٣٥) .

وذهب الحنفية (٣٦) إلى أنه يصح قضاؤها في ما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها تصح فيما سوى الحدود والقصاص .

وحكى عن ابن جرير الطبري (٣٧) وابن حزم (٣٨) جواز قضائها قياساً على جواز قضاها .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

٤ - العلم بالأحكام الشرعية : بأن يكون عالماً بالكتاب والسنة والاجماع والاختلاف والقياس ولغة العرب وانطقه وغير ذلك ، مع العقل والفهم والأمانة والندى ، وأن يكون من أهل الشهادة ، وبعبارة أخرى أن يكون ممن تتوفر فيه صفة الاجتهاد ، فلا يصح أن يولى العامي أو الجاهل بالأحكام الشرعية ، فلا شك أن العالم أفضل من الجاهل ، لقوله تعالى : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون » (٣٩) وقال : « وإن احكم

(*) النساء : ٣٤ .

(٣٥) حديث « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » رواه البخاري في المغازي عن أبي بكر (انظر صحيح البخاري : ٦٠/٣) وهو عند الحاكم وابن حبان وأحمد مطولاً (المقاصد الحسنة ص ٣٤٠ رقم ٨٧٨) .
(٣٦) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام ابن مازة : ١٦٠/٣ رقم ٦٧٠ ، بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ .

(٣٧) المغنى والشرح الكبير : ٢٨٠/١١ ، بداية المجتهد : ٤٢١/٢ .

(٣٨) المحلى : ٤٢٩/٩ .

(٣٩) الزمر : ٩ .

بينهم بما أنزل الله ،^(٤٠) والجاهل لا يستطيع أن يحكم بما أنزل الله لأنه لا يعلمه .

وروى عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « القضاء ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة ، قاض عرف الحق فقصى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »^(٤١) .

وزهد جمهور الحنفية^(٤٢) وبعض متأخري المالكية^(٤٣) ، إلى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ، ويحكم بفتوى غيره ، لأن الفرض فصل الخصومات وفق الشرع ، وهذا يتم بتقليد غيره ، ولكن الأولى أن يكون مجتهدا .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

٥ - الكتابة : وقد حكى ابن أبي الدم^(٤٤) في تولى الأمي القضاء وجهين مشهورين عند الشافعية^(٤٥) .

(٤٠) المائدة : ٤٩ .

(٤١) حديث : « القضاء ثلاثة ثلاثة ٠٠٠ » مر قبل قليل وانظر تخريجه في تعليقات الفقرة (٥) من أدب القضاء .

(٤٢) بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٠٧/٣ ، مجمع الأنهر : ١٥٤/٣ .

(٤٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٢٩/٤ ، بداية المجتهد : ٤٣١/٢ .

(٤٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨ .

(٤٥) انظر الوجهين في روضة الطالبين : ٩٧/١١ .

وهو كذلك عند سائر الفقهاء (٤٦) .

آداب القضاة :

وقد ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم (٤٧) آدابا يجمل بالقضاة أن يتأدبوا بها ، تساعد على تحقيق الحق ، وإقامة العدالة ، ويستعينون بها على فصل الخصومات ، وبها تزداد مجالس الحكام هبة .

منها صفات في نفس القاضي ، كأن يقدم الى القضاء وهو مستقر النفس مطمئن البال ، فلا يقضى وهو غضبان ، أو جوعان ، أو ضجر ، أو قلق ، أو حافن ، وعليه ان يكون عفيفا امينا ، يصون نفسه عن كل ما يريب ، أدلهاديا والضيافة ، وممارسة البيع والشراء بنفسه وغير ذلك مما يدون مثله للشبهة ، وطريقا للرشوة ، والممايلة ، الى احد الخصمين الى جانب الهيئة التي يكون فيها القاضي من ملبس ، ومجلس ، ووفار ، وخشوع ، وابتعاد عن كل ما يعال الهيئة ، ويخرم المروءة .

ومنها آداب تخص النواحي الشكلية : كالإعلام أهل البلد بقدمه ، وقراءة عهد التقليد (أو أمر التمين) عليهم ، واتخاذ الموضع المناسب للقضاء ، بحيث يكون وسط البلد فيسحا ، يقي المراجعين من تقلبات الأحوال الجوية شتاء ، وصيفا .

وأن يتخذ له بوابا ، وحاجبا ، وقاسما ، وكاتبا ، ومترجما ، ومسمعا ، وأمناء ، وأعوانا ، وخبراء ، وأصحاب مسائل ، ومزكين ، ويجلس معه

(٤٦) انظر بداية المجتهد : ٤٢٢/٢ ، المغنى والشرح الكبير : ٣٨٥/١١ ، تبصرة الحكام : ٢٦/١ .

(٤٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥ وما بعدها .

في مجلس الحكم مشاوريه ، ولكل هؤلاء شروط ذكرها القاضي
شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، كما ذكر ترتيب العدول ،
واتخاذ الديوان ، وجمع سلة الحكم ، واتخاذ المحاضر والسجلات ،
والتدقيق في المدونات ، وعدم الاعتماد على الخط ، وغير ذلك من الآداب
التي تكثر الحاجة اليها .

فاذا بدأت الدعوى والترافع ، كان لها سيانها الذي يجب على القاضي
أن يلتزم به .

وذلك يظهر لنا مدى تطور أمر القضاء شكلا وروحا ، ليضرب بسهم
وافر في تحقيق العدالة ، وفصل الخصومات ، وبين للناس أصالة انسانية
برات هذه الأمة ، وأباده الفكرية ، وعمقه الحضاري .

ومما يتصل بصلاحيه القاضي للحكم بين الناس فوق أهليته الكاملة
والآداب التي يتأدب بها في أثناء سير المحاكمة ، أن يكون مبرء عما يشير
الشكوك والشبهات في قضاؤه ، فلا يفضل أحد الخصمين على الآخر ، ولا
يميزه بسلام أو كلام ، أو التفات ، أو قيام دون الآخر .

كما ذكر ابن أبي الدم أن لا يكون الحكم لوالديه أو لمولوديه وما
جرى مجرى ذلك ، فلا ينفذ قضاؤه لولده وان علا ، أو لابنه ، وان
سفل ، كما لا ينفذ قضاء الموصى للموصى عليه^(٤٨) .

كما ذكر ابن أبي الدم أن لا يكون الحكم على عدوه^(٤٩) لوجود
التهمة في كل تلك الصور .

(٤٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٧ وما بعدها .

(٤٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٠ .

انعقاد ولاية القاضي :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن
القضاء عقد^(٥٠) من العقود يجري بين الامام وبين من سيقوم به ، يحتاج
الى شروط تتوفر في من سيتولى القضاء ، وقد ذكرناها ، والى صيغة لعقده :
صيغة عقد القضاء :

- وتكون عنده : اما باللفظ في الحضور ، أو بالمكاتبة في الغيبة .
- ولا يجوز الاختصار على المكاتب في الحضور^(٥١) .
- ولفظ العقد عنده^(٥٢) ينقسم الى صريح وكناية ومختلف فيه :
- فالصريح : قوله : قلدتك القضاء ، أو وليتك القضاء ، أو استخلفتك ،
أو استبتك .
- والكناية : قوله : اعتمدت عليك في القضاء ، أو عولت عليك ، أو
وكلت اليك .
- فلا ينعقد بهذه الكنايات حتى يقرن بها لفظ يزول به الاحتمال ،
لقوله : فاحكم ، او فانظر ، أو فافض .
- والمختلف فيه : قوله : فوضت اليك القضاء ، أو رددت اليك القضاء ،

(٥٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٠ وما بعدها .

(٥١) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٣ ، وقد نقل ذلك من أدب القاضي للماوردي
ج ١ ص ١٧٧ الفقرة : ١٧١ ، فان العبارة بنصها فيه ، وفي الأحكام
السلطانية : ٦٩ .

(٥٢) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٤ ، وانظر ذلك في أدب القاضي للماوردي :
١٧٧/١ - ١٧٨ الفقرات : ١٧٢ - ١٧٥ ، والأحكام السلطانية : ٦٩ .

أو جعلت اليك ، وأسندت اليك ، ففيها وجهان :
أحدهما : انها صريحة في التقليد •

والثاني : انها كناية ، وقد صحح ابن أبي الدم هذا الوجه (٥٣) فلا بد
من ذكر لفظ معها ليزول به ذلك الاحتمال •

وهذه التولية ، لابد فيها من ذكر البلد والموم والخصوص في
القضاء (٥٤) •

ولا تتم هذه التولية أو هذا العقد عنده (٥٥) الا بقبول القاضي •

فان كان حاضرا فقبوله بالقول على الفور •

وان كان غائبا جاز قبوله على التراخي •

ولصحة قبول القاضي عند ابن أبي الدم (٥٦) شرطان :

أحدهما : علمه باستحقاقه تولية القضاء ، فن لم يعلم استحقاقه لها
لم يصح قبوله •

والثاني : علمه من نفسه استكمال الشرائط المعتبرة في القضاء ، فان

علم عدم استكمالها لم يصح قبوله وكان بالقبول مجروحا •

وهي قضية جوهرية خطيرة ، فاذا لم تحصل قناعة الشخص بنفسه

انه صالح للقضاء وأهل له لم يصح قبوله ، وكان قبونه جارحا في عدالته ،

(٥٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٤ •

(٥٤) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٥ ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ١٧٩٨

الفقرة : ١٧٦ ، والأحكام السلطانية : ٦٩ •

(٥٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٦ •

(٥٦) المرجع نفسه : ٣٧ •

لمتعلم المدارس ما في تراثنا من تخطيط للزمن وتأكيد على روح العدالة ،
وهي نقطة تغفلها التشريعات الحديثة •

ثبوت تولية القاضي عند أهل البلد :

يرى القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم (٥٧)
أنه لا بد أن تثبت تولية القاضي عند أهل البلد ، فإذا لم تثبت عندهم فلا
تلتزمهم طاعته •

وثبوتها يكون بأحد طريقين :

أما بالشهادة ، بأن يشهد له شاهدان •

أو بالاستفاضة ، إذا كان البلد قريبا من بلد الامام وشاع الخبر
عندهم •

وهل تكفي الاستفاضة دون الشهادة ؟ نقل القاضي ابن أبي الدم في
ذلك وجهين •

أما في الوقت الحاضر ، فتختلف وسائل الاعلام ، فبمجرد نشر قرار
التعيين في الجريدة الرسمية ، أو الطريقي الرسمي ، يثبت التعيين وتجب
الطاعة ، وقد يثبت التعيين بوصول الأوراق الرسمية دون نشر ، وهو أمر
جائز ، ولا نرى في الفقه ما يمنع منه ، وذلك لحاجة الناس اليه •

(٥٧) أدب القضاء : الفقرة : ٣٨ ، متابعا فيها اقضى القضاة الماردي اذ
نقل عبارته • وهي موجودة في أدب القاضي له : ١٨١/١ - ١٨٢ ،
الفرقة : ١٩٢ وما بعدها ، وفي الأحكام السلطانية : ٧٠ •

اختصاص القاضي :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن القاضي قد يكون اختصاصه عاما ، أو خاصا ، وذلك بحسب عقد التولية ، الذي لابد أن يذكر فيه البلد الذي يقلده القضاء فيه ، وصقة الحكم ، من عموم ، وخصوص (٥٨) .

فإذا نص عقد التولية على عموم ولايته في البلد كله دخل في اختصاصه سائر المنازعات ، كشيء الحقوق ، واستيفائها ، والعقود باختلاف أنواعها ، وفصل الخصومات في حقوق الأملاك ، والشفعة والحدود والمياه والاستطراق (أي المرور) والولاية على الأيام ، وتزويجهن حين انعدام أوليائهن ، والولاية على اليتامى والمجورين ، والنظر في الوقوف والوصايا ان لم يكن فيها ناظر ، وإقامة الحدود على مستحقها .

وإذا نص عقد التولية على تخصيص معين ، تحدد اختصاصه بما عين :

فقد يحدد اختصاصه بالمكان مثلا ، فلا ينظر الا في جانب من جوانب البلد ، ومتى خرج منه الى محلة فوضت الى غيره لم ينفذ حكمه فيها (٥٩) .

وقد يحدد بقضية خاصة (٦٠) : كأن يتحدد بالنظر في القضايا مثلا ، أو في عقود البيع ، أو في عقود الزواج ، أو المداينات ، أو غير ذلك ، فلا يجوز له النظر في غير ذلك .

(٥٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٥ .

(٥٩) المرجع نفسه : ٤٣ .

(٦٠) المرجع نفسه : ٤٠ .

وقد يحدد بزمان معين ، أو باناس معينين ، أو بين الرجال دون النساء (٦١) .

- بل ربما يتحدد بمقادير معينة من الأموال ، أو بمذهب معين (٦٢) .
- فإن أطلق العقد دون تحديد كان على العموم دون الخصوص (٦٣) .
- وكل ذلك لا يختلف عن التشريعات الحديثة .

الاستخلاف في القضاء :

أشار القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابن أبي الدم الى جواز الاستخلاف في القضاء (٦٤) . وذلك بحسب عقد التولية الصادر من الامام :
فان نص على أن له الاستخلاف كان له أن يستخلف .

وان نهاء لم يجز له الاستخلاف .

وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء (٦٥) .

لكن اذا أطلق العقد دون أن يذكر فيه الاستخلاف بجواز أو منع ،
فهل للقاضي أن يستخلف ؟

(٦١) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٣ .

(٦٢) المرجع نفسه : ٤٠ .

(٦٣) المرجع نفسه : ٣٥ .

(٦٤) أدب القضاء ، الفقرة ٤١ ، وانظر أدب القاضي للماوردي : ٣٨٩/٢

رقم الفقرة : ٣٦٤١ .

(٦٥) انظر المذهب : ٢٩٢/٢ . أدب القاضي للماوردي : ٣٨٩/٢ ، رقم

٣٦٤١ ، معين الحكام : ٢٤ ، حاشية السنوقي : ١٣٣/٤ ، تبصرة

الحكام : ٥٣/١ ، الفتاوى الهندية : ٣١٦/٣ .

ذكر القاضي ابن أبي الدم عن الأصحاب في ذلك ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن تتسع خطة البلد ، أو لا (٦٦) .

وهذه الأوجه الثلاثة ذكرها ابن فرحون عند المالكية (٦٧) .

والظاهر من مذهب الحنفية أن ذلك لا يجوز ، لأن الخليفة إنما فوض التصرف إليه برأيه لا برأي غيره ، فلا يكون له أن يستخلف ، كالوكيل بالبيع إذا وكل رجل آخر ، لا يجوز هذا التوكيل (٦٨) .

ويذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق إبراهيم بن أبي الدم أنه يشترط في نائب القاضي ما يشترط في القاضي من صفات إذا كان مستخلفا في جميع الأحكام .

أما إذا كان مستخلفا في عمل خاص ، كسماع بينة ، أو سماع تركبة الشهود ، أو غير ذلك ، فلا يشترط فيه إلا معرفة ما فوض إليه ، ولا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد (٦٩) .

وهو ما ذهب إليه المالكية (٧٠) والحنفية (٧١) .

عقد التحكيم :

والتحكيم - كما يقول القاضي شهاب الدين أبو اسحاق إبراهيم بن

(٦٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٤١ .

(٦٧) تبصرة الحكام : ٥٤/١ ، حاشية الدسوقي : ١٣٣/٤ .

(٨٦) شرح أدب القاضي للخصاف للحسام الشهيد : ١٥٧/٣ ، الفقرة :

٦٦٦ ، معين الحكام : ٢٣ ، الفتاوى الهندية : ٣١٦/٣ .

(٦٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٢ .

(٧٠) تبصرة الحكام : ٥٤/١ ، حاشية الدسوقي : ١٣٣/٤ .

(٧١) معين الحكام : ٢٣ .

أبي الدم - أن يختصم رجلان في حق من الحقوق المالية ، فيحكما رجلا
ليقضى بينهما (٧٢) .

فهو كالتقضاء فصل بين المتخاصمين ، لكنه غير ملزم للطرفين الا
برضاهما .

جواز التحكيم :

والتحكيم جائز في التشريع الاسلامي :

قال تعالى :

« وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها
ان يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما » (٧٣) .

وقد عمل به الصحابة ، فتحاكم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب الى
زيد بن ثابت (٧٤) .

وحكم أهل الثوري فيها عبدالرحمن بن عوف (٧٥) .

وحكم علي بن أبي طالب ومعاوية في الامامة (٧٦) ، أبا موسى
الأشعري .

(٧٢) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٥ .

(٧٣) النساء : ٣٥ .

(٧٤) رواه البيهقي بسنده الى الشعبي (السنن الكبرى : ١٠ / ١٤٤) .

(٧٥) أخرجه البخاري والنسائي وابن حبان والطبراني وابن أبي شيبة

وابن سعد وأبو عبيد في الأموال وغيرهم من حديث عمرو بن ميمون

وغيره (انظر كنز العمال : ٤٣٤ / ٥ رقم ٢٤٦٣) .

(٧٦) وهو خبر مشهور في كتب السير والتاريخ .

نفاذ التحكيم :

والتحكيم وإن كان جائزا فإن القاضي شهاب الدين أبا إسحاق بن أبي
الدم ينقل كلام الأصحاب في أن هناك قولين في نفاذ التحكيم^(٧٧) ، وينقل
اختلافهم في محل القولين :

فذكر أن منهم من قال : إن كان في البلد قاض لم يجر التحكيم قولا
واحدا ، وإنما القولان في ما إذا لم يكن هناك قاض^(٧٨) .

ومنهم من قال : إن لم يكن في البلد قاض جاز التحكيم قولا واحدا ،
وإنما القولان فيما إذا كان هناك قاض .

ومنهم من قال : القولان في الجميع من غير فصل^(٧٩) .

شروط المحكم :

ويشترط في المحكم عند القاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم
ابن أبي الدم أن يكون على صفة يجوز للإمام فيها أن يوليه القضاء
مطلقا^(٨٠) .

(٧٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٥ .

(٧٨) المرجع نفسه : ١٩٦ .

(٧٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٦ وانظر بشأن ذلك أدب القاضي

للماوردي : ٣٧٩/٢ الفقرة ٣٥٩٦ ، نهاية المحتاج : ٢٣٠/٨ ، مغنى

المحتاج : ٣٧٨/٤ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الام) :

١٠٣/٧ ، روضة الطالبين : ١٢١/١١ ، روضة الحكام للرويانى

الورقة ١/٦ .

(٨٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠٠ .

وقد ذهب الحنفية الى أن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكما فيه ، ومن لا فلا ، وعلى هذا يجوز تحكيم المرأة ، بخلاف الصبي والعبد والمحدود في القذف والأعمى ، لأنها تصلح للشهادة ، وهم لا يصلحون لها^(٨١) .

وقد انقسم المالكية في صحة تحكيم الصبي والمرأة والفاسق على أربعة أقوال^(٨٢) .

لزوم الحكم في التحكيم :

وقد نقل القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الاختلاف في لزوم الحكم في التحكيم ، هل يلزم بنفسه ، أم لابد من تراضيهما بعد الحكم . فنقل في ذلك قولين^(٨٣) :

الأول ، وهو الأصح أنه يلزم بنفسه ، فعلى هذا لو رفع حكمه الى حاكم أجراه على وفق الشرع كغيره من القضاة .

والثاني ، وهو اختيار المزنى صاحب الامام الشافعي أنه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم لضعفه .

فان رجع أحدهما قبل التحكيم بطلت ولاية المحكم قولا واحدا ، اما اذا استمرا على الرضا حتى حكم ، ولم يجددا رضا ، فهناك خلاف فيه ،

(٨١) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٦١/٤ ،
الفقرة : ١٠٧٧ ، معين الحكام : ٢٤ .

(٨٢) حاشية الدسوقي : ١٣٦/٤ - ١٣٧ .

(٨٣) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٧ .

فقل عن أبي سعيد الاصطخري والماوردي^(٨٤) أنه لا يؤثر رجوعه^(٨٥) .

في أي شيء يجرى التحكيم ؟

وقد ذكر ابن أبي الدم أن التحكيم يجرى في كل الخصومات إلا أنه ممنوع من استيفاء العقوبات ، ان جاز التحكيم فيها ، لأنها تخرم أجرة الولاية العامة^(٨٦) .

• وهو مذهب الحنفية^(٨٧) .

وهل للمحكم أن يجبس المقر عنده ؟

ذكر ابن أبي الدم خلافاً ، ومال إلى أنه لا يجبس ، بل ليس له إلا الاتبات^(٨٨) .

ومن المعلوم أن حكم المحكم لا يتعدى إلى ثالث غير المتحكماين إلا في مسألة العاقلة ، فقد ذكر فيها ابن أبي الدم^(٨٩) خلافاً مبنيًا على أن الدبة هل تجب على القاتل ابتداءً ثم تتحملها العاقلة عنه ، أو تجب على العاقلة ابتداءً ؟

فان قيل : تجب أولاً على القاتل وجبت هنا على العاقلة .

• وان قيل : تجب على العاقلة ، فلا تجب لعدم رضاهم بها .

(٨٤) أنظر أدب القاضي للماوردي : ٣٨٣/٢ ، رقم ٣٦١٦ ، والمهذب : ٢٩١/٢ .

(٨٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٧ .

(٨٦) المرجع نفسه : ١٩٩ .

(٨٧) معين الأحكام : ٢٥ ، شرح أدب القاضي لنخصاص تأليف الحسام الشهيد ٦٢/٤ ، الفقرة : ١٠٨٠ .

(٨٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٩٨ .

(٨٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠٤ - ٢٠٦ .

رأى القاضى :

ويرى القاضى شهاب الدين أبو اسحاق بن أبي الدم^(٩٠) أنه اذا تقلد شخص القضاء ، وتعين عليه ، وكانت له كفاية من أمواله ، لم يجز له أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته .

وان كان فقيرا أو مسكينا ، لا يكفيه ما يملكه جاز له أن يأخذ عليه قدر كفايته من بيت المال .

أما اذا لم يتعين عليه ، فان كان محتاجا ، جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية ، وان كان غنيا فالأولى له أن لا يأخذ شيئا^(٩١) .

وذهب جمهور الفقهاء الى جواز أخذ الرزق من بيت المال على الكفاية ، كشأن المعلمين الذين يعلمون القرآن ، والفقهاء ، والمؤذنين ، لأنه ان لم يكف هؤلاء من بيت المال فيؤدى ذلك الى ترك هذه الأمور وتعطيلها ، لانشغالهم بكسب قوتهم^(٩٢) .

(٩٠) المرجع نفسه : ٤٤ .

(٩١) وهو رأى جمهور الفقهاء من الشافعية ، فانظر بشأن هذا الموضوع : الأم : ٢٢٢/٦ ، المختصر : ٢٤٥/٥ ، أدب القاضى للماوردى : ٢٩٤/٢ ، المهذب : ٢٩١/٢ ، نهاية المحتاج : ٢٣٩/٨ ، مغنى المحتاج : ٣٨٩/٤ .

(٩٢) انظر الفتاوى الهندية : ٣٢٩/٣ ، روضة القضاة للسمناني : ٨٥/١ ، البدائع : ٤١٠٤/٩ ، شرح أدب القاضى للخصاف تأليف ابن مازة : ٩/٢ الفقرة : ٢٦٥ ، حاشية الدسوقي : ١٣١/٤ ، تبصرة الحكام : ٣٠/١ ، المغنى والشرح الكبير : ٣٧٦/١١ ، السلطة القضائية ونظام القضاء فى الاسلام : ٢٦٦ .

عزل القاضي :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه ند يعزل القاضي عن ولاية القضاء باحدى طرق ثلاث :

١ - عزل القاضي نفسه بعلم السلطان ، وهو الذي عليه الجمهور ، ولكن ذلك مقيد عند ابن أبي الدم بما اذا لم يتعين عليه ، فان تعين عليه القضاء لم ينزل (٩٣) .

٢ - اذا فسق (٩٤) ، لكن هل ينزل بنفسه الفسق ، أم لابد من عزله من جهة الامم ؟ فيه وجهان أصحهما عند ابن أبي الدم متابا فيه الماوردي (٩٥) أنه ينزل بمجرد فسقه ، ويحرم عليه والحالة هذه متى فسق أن ينصب نفسه للحكم ويحكم بين اثنين ، ويجب عليه رفع حاله السيئة الى ولي الأمر ليولى على المسلمين عدلا غيره .

وهو تأكيد على مبدأ التربية الذاتية ، والوازع ، الذي أغفلته التشريعات الحديثة .

واختلف المالكية كذلك ، ولكن الراجع عندهم عدم العزل (٩٦) .

وقال الحنفية : لا ينزل بالفسق ، ويجب على السلطان عزله ، لأن العدالة ليست شرطا لأهلية القضاء عندهم ، بل هي شرط الأولوية ، فلو

(٩٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ .

(٩٤) المرجع نفسه : ١٤ .

(٩٥) أدب القاضي للماوردي : ٦٣٦/١ .

(٩٦) تبصرة الحكام : ٧٨/١ .

- فقد القاسق صبح (٩٧) •
ويرى ابن أبي الدم أن الجنون والاعماء والكفر مثل الفسق (٩٨) •

٣ - اذا عزله الامام :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم (٩٩)
متابعا امام الحرمين أن للامام أن يعزل القاضي اذا رآه منه أمر ، ويكفي
فيه غلبة الظن بذلك •

فلو لم يظن به غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه
نفذ ، وبمن هو دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله فيه
وجهان •

ثم بين أنه ان عزله بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل ، أما لو
عزل لا عن نظر ، فهل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المتبعين الى الأصول ،
والذي قطع به امام الحرمين أنه ينفذ عزله ، ولكن يتعرض صاحب الأمر
لخطر الاثم •

وقيد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابن أبي الدم (١٠٠) ذلك بما
لو لم يتعين ذلك على القاضي • فان تعين عليه القضاء ، فانه لا يعزل •

(٩٧) انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة البخاري :

١٤٨/٣ رقم الفقرة : ٦٥٩ ، الفتاوى الهندية : ٣١٧/٣ ، فتح

القدير : ٤٦١/٥ •

(٩٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٤ •

(٩٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ • وانظر بشأن الموضوع أدب القاضي

للماوردي : ١٨١/١ - ١٨٣ ، مغنى المحتاج : ٢٨١/٤ ، نهاية

المحتاج : ٢٣٢/٨ - ٢٣٣ •

(١٠٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٣٩ •

وشدد في التكير على اقضى القضاة الماوردي في قوله ان القضاء من العقود الجائزة في حق المولى والمولى دون اللازمة ، لأنه استتابة كالوكالة ، فلا يلزم في حق واحد منهما ، فللمولى أن يعزله متى شاء ، والأولى أن لا يعزله الا لعذر ، هذا كلام الماوردي (١٠١) .

وقد ذهب الحنفية والزيدية في أصح الوجهين والحنابلة في إحدى الروايتين ، الى أنه يجوز نلام عزل القاضي بريبة وبغير ريبة (١٠٢) .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في روايتهم الثانية والزيدية في الوجه الثاني الى أنه لا يجوز العزل من غير سبب يدعو الى ذلك (١٠٣) ، وهو الذي عبر عنه ابن أبي الدم بقوله (لمصلحة) أو (عن نظر) أو (لريبة) (١٠٤) .

والظاهر أن هذا الرأي هو الراجح ، لثلا يكون عزل القاضي خاضعا للأهواء .



(١٠١) أدب القاضي للماوردي : ١٨١/١ - ١٨٣ ، وقابل ذلك بما في الأحكام السلطانية : ٧٠ ، وانظر كلام ابن أبي الدم في ذلك في أدب القضاء : الفقرة : ٣٩ .

(١٠٢) انظر معين الحكماء : ٢٢٣ ، البحر الزخار : ١٣٥/٦ ، المغنى والشرح الكبير : ٤٧٩/١١ .

(١٠٣) انظر مغنى المحتاج : ٣٨١/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٣٢/٨ - ٢٣٣ ، تبصرة الحكماء : ٧٨/١ ، نظام القضاء في الاسلام للدكتور ابراهيم عبدالمجيد : ٥٧ ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام : ٢٩١ .

(١٠٤) أدب القضاء : الفقرة : ٣٩ .

الفصل الثاني

الدعوى عند ابن أبي الدم

تعريف الدعوى :

الدعوى في اللغة :

مأخوذة من الدعاء ، قال تعالى : « وآخر دعواهم »^(١) وقال : « ولهم ما يدعون »^(٢) أي أجر دعائهم ، وكلاهما مأخوذ من الفعل دعا يدعو بمعنى الطلب ، وقد يستعمل بمعنى التمني أو الزعم أو القول الذي يوجب حقاً على الغير ، وغير ذلك من المعاني .

وجمع الدعوى : الدعاوى والدعاوى - بفتح الواو وكسرهما ، قال بعضهم : وفنحها أولى^(٣) .

وفي الاصطلاح :

اخبار عن وجوب حق له على غيره عند حاكم ومطالبته به^(٤) .
وركنها :

(١) يونس : ١٠ .

(٢) يس : ٥٧ .

(٣) مادة (دعو) في المصباح المنير : ٢٩٨/١ ، والقاموس المحيط : ٣٢٨/٤ .

(٤) انظر في تعريفها : كشاف اصطلاحات الفنون (تحقيق لطفي عبدالبيديع) مادة دعوى : ٣٠٦/٢ ، طلبية الطلبة : ١٣٤ ، معنى المحتاج : ٣١٤/٤ ، تبين الحقائق : ٢٩١/٤ ، البحر الرائق : ٢٠٩/٧ ، أدب القاضي للماوردي ج ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٤٩٩٥ .

هو اللفظ الذي تتم به ، كأن يقول : لي على فلان كذا وكذا أو قضيت حق فلان ، أو ابرأني منه أو غير ذلك من الالفاظ •

مشروعية الدعوى :

والأصل في مشروعتها قوله صلى الله عليه وسلم :

« لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » (٥) •

ولما كانت الخصومات أمرا واقعا بين الناس ، يؤدي استمرارها الى حدوث الفساد وضياع الحقوق كان لابد من فصلها بطريق الدعوى أمام القضاء •

عناصر الدعوى عند ابن أبي الدم :

الدعوى في القوانين الوضعية تتألف من ثلاثة عناصر (٦) :

العنصر الأول : طرفاها : الطرف الاول هو الطالب أو المدعى

demandeur والطرف الثاني هو المدعى عليه أو ائدائع defendeur

والعنصر الثاني : موضوع اندعوى ، وهو محل الحماية التي يطلبها

المدعى •

والعنصر الثالث : سبب الدعوى ، أو السبب المحرك للحماية •

(٥) متفق عليه من حديث ابن عباس ، رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران (صحيح البخاري : ٧٣/٣) ، ومسلم في الاقضية (صحيح مسلم ١٣٣٦/٣ رقم ١٧١١) ورواه غيرهما انظر جامع الاصول ٥٥٤/١٠ رقم ٧٦٥٨ ، وفي رواية : « واليمين على من انكر » انظر السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ ، ونصب الراية ٩٥/٤ •

(٦) د. عبدالعزيز خليل بدوي : القضاء في الاسلام وحماية الحقوق

ويُفهم من كلام القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي
الدم ان الدعوى لا تتم الا بستة أمور :^(٧)

مدع ، ومدعى عليه ، ومدعى به ، وسبب ، ومدعى عنده ، وطلب
المدعى مطالبة المدعى عليه به •

فاما المدعى والمدعى عليه ، فهما طرفا الدعوى وقد نقل ابن أبي الدم
عبارات الائمة في حدهما^(٨) وناقشها كقولهم :

المدعى من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفيه •

وقولهم : المدعى من يقول بالاختيار والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار •

وقولهم : المدعى من اذا سكوت ترك وسكوته ، والمدعى عليه من
لا يترك وسكوته •

كما ناقش تعريفات أخرى :

اما المدعى به ، فهو الحق القائم عليه النزاع^(٩) ، وقد يكون عينا
في اليد أو مالا في الذمة ، أو حقا شرعيا كترك أو قصاص أو حد فذف
أو ردا ببيع أو حقا بشفعة أو غير ذلك فتقسم الدعوى بموجب ذلك الى
أقسام متعددة •

اما سبب الدعوى فهو توفر الاعتداء على الحق الثابت شرعا^(١٠)
بالغصب أو الاتلاف أو السرقة أو المنع أو غير ذلك •

(٧) أدب القضاء الفقرة ٢١٣ وما بعدها •

(٨) أدب القضاء : الفقرة ٢١٣ •

(٩) أدب القضاء : الفقرة ٢٢١ •

(١٠) أدب القضاء : الفقرة ٢٢٢ •

وقد ذكر ابن ابي الدم ذلك ضمن ذكره الصيغة المتفق عليها في
لفظ الدعوى •

وكل ذلك لابد أن يجرى أمام قاض أو آمر يسأله المدعى مطالبته
المدعى عليه •

ونقل عن الهروي أن اقترح المدعى على القاضي سؤال المدعى عليه
ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين^(١١) ، وهو مذهب ابي
حنيفة^(١٢) •

وقد نص الماوردي^(١٣) على أن الدعوى تشتمل على أربعة أشياء :
فقال : « والدعوى تشتمل على أربعة أشياء : مدع ومدعى عليه ومدعى به
ومدعى عنده ، فاما المدعى فهو الطالب من غيره شيئا في يده أو في ذمته
واما المدعى عليه فهو المطلوب منه شيء في يده أو في ذمته ، وفرف ما بين
الطالب والمطلوب أن الطالب اذا تارك تورك ، والمطلوب اذا تارك لم يترك •
واما المدعى به فهو ما تنازع فيه الطالب والمطلوب ، واما المدعى عنده فهو
من نفذ حكمه من قاض أو أمير »^(١٤) •
انامة الدعوى :

تبدأ الدعوى عند القاضي شهاب الدين ابي اسحاق بن ابي الدم^(١٥)

(١١) أدب القضاء : الفقرة ٢٢٢ ، وانظر قول الهروي في الاشراف على
غوامض الحكومات مخطوط الورقة ١/٥ •

(١٢) انظر رأي ابي حنيفة ورأي أصحابه في رد المختار : ٢٤٧/٥ ،
تكملة فتح القدير : ١٤٤/٦ ، الفتاوى الهندية : ٣/٤ •

(١٣) أدب القاضي للماوردي : ج ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٤٩٩٦ -
٥٥٠١ •

(١٤) أدب القاضي للماوردي ج ٤ الفقرة ٤٩٩٦ - ٥٥٠١ •

(١٥) أدب القضاء - الفقرة : ٢٢١ وما بعدها •

كما هو شأن الدعاوى الحديثة - بطلب من المدعى ، يوجه دعواه ، ويحررها ؛ بنفي الجهالة عنها ، وذكر القاضي ابن أبي الدم صيغا لها ، فيما لو كانت الدعوى عينا حاضرة منقولة ، أو غيبة ، أو مالا في الذمة ، حالا كله ، أو بعضه ، أو كان مثليا أو غير مثلي ، أو عقارا بذكره حدوده ووصفه ، أو حقا شرعيا من قصاص أو حد قذف ، فيزيل الجهالة عنها وعن المدعى عليه .

ونقل ابن أبي الدم^(١٦) عن الأصحاب أنهم أجمعوا على أن الدعوى بالجهول لا تصح ولا تسمع ، واستثنى بعضهم الدعوى بالوصية بالجهول فقط وبعضهم استثنى الوصية بالجهول والاقرار بالجهول .

واختار ابن أبي الدم صحة الدعوى بالوصية بالجهول^(١٧) . أما الدعوى بالاقرار بالجهول ، فاختار وجهين مبنيين على جواز حبس المقر إذا امتنع عن التفسير ، فإن جوزنا حبسه صحت الدعوى والا فلا .

وفرق بين الاقرار والوصية^(١٨) ، ان الوصية انشاء والاقرار اخبار عن حق سبق وجوبه ، فللمقر له طريق الى تعيينه ، فيبينه ويدعيه ميينا بخلاف الانشاء .

الخصم حالة الدعوى :

لا يخلو الخصم حالة الدعوى من أن يكون حاضرا ، أو غائبا .

الخصم الحاضر :

فإذا كان الخصم حاضرا سمعت الدعوى عليه ، وقضى عليه بموجبها

(١٦) المرجع نفسه - الفقرة : ٢٤٢ .

(١٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥٨ ، وانظر المغنى ١١/٤٤٨ ، والشرح

الكبير في هامشه : ٤/٤٣٥ .

(١٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٥٩ .

ويرى القاضي شهاب الدين بن أبي الدم أن الحاضر الممتنع تسمع الدعوى عليه ، ويقضى بها عليه ، وكذلك المتغيب في البلد (١٩) .

وذكر ان هناك خلافا في سماع الدعوى وعدم سماعها على من هو في حد مسافة العدوى فما دونها (٢٠) ، وحدد مسافة العدوى (في وضع آخر) بأن يخرج الانسان من بلده الى مقصده ثم لا يمكنه أن يعود اليه في يومه على السير الوسط بسير الرواحل المعتادة (٢١) .

اما الحاضر الذي ليس بممتنع عن الحضور ولا متغيب فهل تسمع الدعوى عليه ؟

ذكر القاضي ابن أبي الدم ان في ذلك خلافا ، وصحح انها لا تسمع (٢٢) حتى يحضر مجلس الحكم ، أو يوكل ، أو يمتنع . وهكذا سماع البيعة عليه والحكم بها عليه .

القضاء على الغائب :

أما اذا كان الخصم غائبا ، فقد ذهب القاضي شهاب الدين ابو اسحاق ابن أبي الدم الى جواز سماع الدعوى على الغائب والحكم بها عليه (٢٣) ، وحدد الغيبة بمن كان على مسافة القصر فما فوقها . ومسألة القضاء على الغائب فوق مسافة القصر قد اختلف فيها فقهاء المذاهب على فريقين عموما ، وان كان هناك عند كل فريق تفصيل فيها :

-
- (١٩) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٢٦ .
 - (٢٠) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٢٦ ، ٤٤٤ .
 - (٢١) المرجع نفسه ، الفقرة : ٦٥٨ .
 - (٢٢) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٢٧ .
 - (٢٣) المرجع نفسه ، الفقرة ٤٢٥ ، والفقرة : ٤٣٢ .

فقد ذهب الحنفية^(٢٤) الى عدم الجواز ، وبهذا قال شريح ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، ورواية عن أحمد^(٢٥) .

وذهب الشافعية^(٢٦) ، والمالكية^(٢٧) ، والحنابلة^(٢٨) ، والظاهرية^(٢٩) الى جواز سماع الدعوى والحكم عليه اذا كملت الشروط .

استدل المانعون من القضاء على الغائب بقوله تعالى : « واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون »^(٣٠) .

فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور ، ولم يستحق الذم ، فدل على عدم جواز القضاء على الغائب .

(٢٤) انظر رأي الحنفية في مسألة القضاء على الغائب في مختصر الطحاوي ٣٣٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤٦٥/٤ ، جامع الفصولين : ٣٩ ، معين الحكم : ٥٣ ، ٦٠ ، المبسوط : ٩٥/١٦ ، الفتاوى الهندية ٤٣٢/٣ ، بدائع الصنائع : ٣٩١٨/٨ ، درر الحكم شرح مجلة الاحكام : ١٥٨/٤ المادة ١٦١٨ .

(٢٥) المغنى : ٤٨٥/١١ ، الشرح الكبير : ٤٥٥/١١ .
(٢٦) انظر الام : ٢٢٢/٦ ، المختصر : ٢٤٥/٥ ، المهذب : ٣٠٤/٢ ، أدب القاضي للماوردي ٣٠٤/٢ ، الفقرة ٣٢٠٠ ، جواهر العقود : ٣٦٠/٢ ، الفتاوى الكبرى للهيتمي : ٣٢٢/٤ ، الوجيز للغزالي : ٢٤٣/٢ .

(٢٧) انظر تبصرة الحكم : ٨٦/١ ، بداية المجتهد : ٤٦٠/٢ ، مختصر خليل : ٢١٠ ، التاج والاكيليل : ١٤٣/٦ ، مواهب الجليل : ١٤٣/٦ .

(٢٨) المغنى : ٤٨٥/١١ ، الشرح الكبير : ٤٥٥/١١ .

(٢٩) المحلى : ٣٦٦/٩ .

(٣٠) النور : ٤٨ .

وبما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن ، وقال لي : « يا علي ، ان الناس سيتقاضون اليك فإذا أتاك الخصمان ، فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فانه أخرى أن يتبين لك القضاء ، وتعلم لمن الحق : قال علي : فما شككت في قضاء بعد (٣١) .

وأما المجيزون له فقد استدلوا بقوله تعالى :

« يا داود انا جعلناك خليفة في الارض ، فاحكم بين الناس بالحق » (٣٢) .

وبحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت من ماله سرا ، فهل علي في ذلك من حرج ؟ فقال لها : « خذي ما يكفيك وولداك بالمعروف » (٣٣) وهذا قضاء منه على غائب ، لأن أبا سفيان لم يحضر .

وأدلة المجيزين أقوى يؤيدها نصوص كثيرة ، ولأن الحنفية القائلين بمنعه قد أجازوا القضاء عليه في صور منها اتصاله بحق حاضر .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

(٣١) حديث علي : « ان الناس سيتقاضون اليك » ، رواه أبو داود في الاقضية (سنن ٣٠١/٣ رقم ٣٥٨٢) والحاكم (المستدرک : ٩٣/٤) والامام أحمد (المسند : ٩٠/١ ، ٩٦ ، ١١١ ، ١٤٩) ، وابن حبان (موارد الظمان : ٣٧٠ رقم ١٥٣٩) وغيرهم .

(٣٢) سورة ص ، آية : ٢٦ .

(٣٣) حديث هند متفق عليه ، رواه البخاري في البيوع . (صحيح البخاري : ١٧/٢) والنفقات (صحيح البخاري : ١٩٠/٣) ومسلم في الاقضية (صحيح مسلم : ١٣٣٨/٣ رقم ١٧١٤) .

احضار الخصم الى مجلس القضاء :

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أنه اذا استدعى الحاكم رجل على رجل ، وطلب منه احضاره الى مجلس الحكم لمخاضته ، بعث الحاكم اليه رجلا من أعوانه ، أو خاتمه ، أو طينا مختوما بخاتمه الى المطلوب لاحضاره (٣٤) .

ويجب على المدعو الاجابة لقوله تعالى :

« انما كان قول ائمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا » (٣٥) .

الا أن يوكل ، أو يقضى الحق الى الطالب (٣٦) .

فان امتنع من ذلك كله بعث الحاكم الى صاحب الشرطة وعرفه ذلك ليحضره اليه .

فاذا حضر عزره على امتناعه بما يليق به ان لم يد عذرا .

وقد ذهب الماوردي (٣٧) الى أن القاضي بالخيار بين أن ينفذ معه عوناً من أعوانه يحضره اليه ، وبين أن يحتم له في طين بخاتمه المعروف يكون علامة استدعائه ، وبين أن يجمع له بين العون والختم ، بحسب ما يؤديه الاجتهاد اليه من قوة الخصم وضعفه .

(٣٤) أدب القضاء : الفقرة : ٩٦ ، والفقرة : ١٠١ .

(٣٥) النور : ٥١ ، وانظر أدب القضاء : الفقرة : ٩٧ .

(٣٦) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٦ .

(٣٧) أدب القاضي للماوردي : ٣٢٢/٢ - ٣٢٣ ، الفقرة : ٣٢٦٦ .
وما بعدها .

فإن أخبر القاضي بامتناع الخصم من الحضور بعد استدعائه فإن أخبره العون الذي قد ائتمنه قبل قوله من غير بينة • وإن أخبره به المستعدي لم يقبل إلا بشاهدي عدل •

فإذا ثبت عند القاضي امتناعه من الحضور ، كان مخيراً فيه بحسب اجتهاده بين ثلاثة أمور : أما أن يحضره جبراً بأهل القوة من أعوانه • وأما أن ينهى أمره إلى ذي سلطان يحضره جبراً ، بعد أن لا يهتك عليه ولا على حرمة ستره •

وأما بما اختاره أبو يوسف^(٣٨) (من الحنفية) أن ينادى على بابه بما يتوجه عليه في الامتناع ، وبما يمضيه عليه من الحكم^(٣٩) • هذا كله إذا كان الخصم رجلاً •

أما إذا كان الخصم امرأة ، فإن كانت برزة^(٤٠) ، فهي كالرجل في احضارها مجلس الحكم^(٤١) •

وإن كانت مخدرة^(٤٢) ، فالأصح عند القاضي ابن أبي الدم أنها لا تكلف الحضور إلى مجلس الحكم لمحاكمة ، ولا إلى موضع شريف

(٣٨) انظر ذلك في حاشية ابن عايد : ٤٧١/٤ ، جامع الفصولين : ٤٧/١ •

(٣٩) أدب القاضي للماوردي : ٣٢٢/٢ - ٣٢٣ الفقرة ٣٢٦٦ وما بعدها •
(٤٠) البرزة : هي المرأة البارزة المحاسن المتجاهرة ، تبرز للقوم يجلسون إليها ويتحدثون وهي عفيفة (قاموس - مادة برز - ١٧١/٢) •
(٤١) أدب القضاء ، الفقرة ٣٧٥ •

(٤٢) المخدرة هي المرأة التي يغلبها الخفر وشدة الحياء ، ولا تخرج إلى حوائجها ولا إلى المواسم والاعراس والتعازي انظر أدب القضاء الفقرة ٣٨١ •

لمين وانما يبعث القاضي اليها نائبا عنه ليحكم بينه وبين خصمها ، ولا
تخرج من بيتها (٤٣) .

وكل هذا اذا كان الخصم (رجلا كان أو امرأة) ضمن بلد القاضي
وعمله واختصاصه . فان كان خارجا عن ذلك البلد فلا يجوز للقاضي
احضاره ، لأنه لا ولاية عليه ، فيجوز له حينذاك أن يكتب كتابا الى القاضي
الذي وجد الخصم في بلده على تفصيل في كتاب القاضي الى القاضي (٤٤) .

دائرة العدالة :

أو المبني الذي تشغله مجالس القضاة :

في الوقت الحاضر كما يستقل القضاء في سلطاته واحكامه معنى
وروحا عن التأثيرات الخارجية ، ينفرد بمبان خاصة ودوائر مستقلة ،
لتوفير المجال الكافي للنظر بين الخصوم وعدم ايدائهم .

وهكذا نجد القاضي شهاب الدين أبا اسحاق ابراهيم بن أبي الدم
يرسم صورة للقضاء مستقلة في السلطات والاحكام معنى وروحا عن
التأثيرات الخارجية (وستضح ذلك مما سيأتي) كما يرسم له استقلاله
بمبانيه ودوائره ، لتوفير الحرية الكافية لاتخاذ اجراءات التقاضي دون
ارهاق الناس وايدائهم .

فهو ينص على أن يكون موضع القضاء في وسط البلد في بناء واسع
للجلوس فيه للمحكم بين الناس (٤٥) .

(٤٣) أدب القضاء : الفقرة : ٣٨٤ ، وقابل ذلك بما في الفقرة ٣٧٩ .

(٤٤) انظر أدب القضاء ، الفقرة ٧٦٠ وما بعدها .

(٤٥) أدب القضاء : الفقرة : ٤٧ .

وأن يكون في الصيف باردا هويا ، صبيحا ، وفي الشتاء كنا
كنينا^(٤٦) .

وان ينفرد عن المسجد^(٤٧) ، لما أثر عن الشافعي رضي الله عنه
في كراهته لذلك^(٤٨) ، صونا للمساجد عن العاشية والخصوم ، وعما يمنع
خشوع المصلين ، وحفظا لها عما يندسها .

ولأن في الخصوم الجنب والحائض والصبيان والمجانين ، الا اذا
اتفق وجود القاضي فيه لغير فصل الحكومات ، فعرضت له قضية جاز له
فصلها بغير كراهة^(٤٩) .

وقد ذهب الى كراهة القضاء في المسجد الشافعية^(٥٠) عموما
والزيدية^(٥١) .

(٤٦) أدب القضاء : الفقرة ٤٧ ، ومعنى (كنا كنينا) أي بيتا ساترا
(قاموس ، كتن : ٢٦٦/٤) .

(٤٧) انظر أدب القضاء : الفقرة : ٥٢ .

(٤٨) انظر رأي الشافعي في ذلك في مختصر المزني : ٢٤١/٥ ، الام :
٢٠١/٦ ، وقد شرح قوله في ذلك الامام أبو الحسن الماوردي في
كتابه أدب القاضي ٢٠٥/١ رقم ٢٦٤ .

(٤٩) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٢ .

(٥٠) انظر المهذب : ٢٩٤/٢ . روضة الطالبين : ١٣٨/١١ ، الوجيز
للغزالي : ٢٤٠ ، مغني المحتاج : ٤ : ٣٩٠ ، نهاية المحتاج ٢٤١/٨ ،
أدب القاضي للماوردي : ٢٠٥/١ رقم ٢٦٤ ، حاشية البجيرمي على
منهج الطلاب : ٣٥٢/٤ .

(٥١) البحر الزخار : ١٢٥/٥ - ١٢٦ .

وقال الحنفية^(٥٢) ، والحنابلة^(٥٣) ، والمالكية^(٥٤) ، لا يكره .

آداب المرافعة وعلمية الجلسات :

واضافة الى الشروط التي يجب توفرها في القاضي التي مرت ذكر
ابن أبي الدم آدابا للقاضي في نفسه وفي جلسته وفي هيئته وتصرفه مع
الخصوم هي على العموم لا تخرج عن المأثور عن الرسول صلى الله عليه
وسلم وعن صحابته رضي الله عنهم ، ومنصوص الامام الشافعي رضي الله
عنه منها :

١ - التهيؤ لمجلس الحكم :

فاذا أراد أن يخرج من بيته الى مجلس الحكم خرج بسكينة
ووقار^(٥٥) ودعا بما أثر عنه صلى الله عليه وسلم قائلا :

« اللهم اني اعوذ بك أن أزل أو أضل ، أو أظلم ، أو أظلم ،
أو أجهل ، أو يجهل علي »^(٥٦) ثم يصلي ركعتين ويجلس مستقبل القبلة

(٥٢) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٢٩٥/١ ،

رقم ١٦٣ ، المبسوط : ٨١/١٦ الفتاوى الهندية : ٣٣٠/٣ ،

الهداية : ١٠٣/٣ ، فتح القدير : ٤٦٥/٥ ، بدائع الصنائع :

٤١٠٠/٩ ، روضة القضاء : ٩٨/١ رقم ٢٠٧ .

(٥٣) المغني : ٣٨٩/١١ ، الشرح الكبير : ٣٩٧/١١ .

(٥٤) تبصرة الحكام : ٣٤/١ ، حاشية الدسوقي : ١٣٧/٤ .

(٥٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٤ .

(٥٦) دعاؤه صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته اللهم اني اعوذ بك

رواه أبو داود من طريق الشعبي عن أم سلمة في الأدب (سنن)

٣٢٥/٤ رقم ٥٠٩٤) والترمذي في الدعوات (سنن ١٠٤/٥ رقم

٣٤٨٧) والنسائي في الاستعاذة (سنن : ٢٦٨/٨) وابن ماجه

في الدعاء (سنن ١٢٧٨/٢) رقم ٣٨٨٤ .

في أصح الوجهين *

وعليه أن يتفقد أحوال نفسه من جوعه وعطشه وغضبه ، فانه يكره
له أن يقضى وهو غضبان ، أو جائع جوعا يشوش عليه فكره ، أو عطشان أو
حائب ، أو مشغول الفكر ، بحزن مفرط أو ألم مؤلم^(٥٧) .

٢ - ملبس القضاة وسمتهم وهيبتهم :

ويختار للقاضي لبس السواد ، وإن يزيد في هيئة ملبسه بما يتميز
به عن غيره ، بملبس لا يشاركه فيه غيره ، وسمت لا يشاركه فيه غيره ،
وأظهار الخشوع والتواضع^(٥٨) ، كثير الصمت قليل الكلام والحركات
والإشارات^(٥٩) ، ويقف من اعوانه بين يديه من يستدعي الخصوم ويرتب
مقاعد الناس في مجلسه^(٦٠) .

٣ - التسوية بين الخصمين :

فإذا دخل الخصوم عليه سوى بينهما^(٦١) في الأذن والدخول عليه
معاً ، ولا يفرد أحدهما به ، كما يسوى بينهما في جلوسهما بين يديه
واقباله عليهما واستماعه منهما *

والقاضي ابن أبي الدم يرى أن ذلك واجب عليه^(٦٢) لا مستحب

(٥٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٥ .

(٥٨) المرجع نفسه ، الفقرة : ٤٦ .

(٤٩) أدب القاضي للماوردي : ٢٤٤/٢ رقم ٢٩٤٥ .

(٦٠) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٠ ، وانظر أدب القاضي للماوردي :

٢٤٤/٢ رقم ٢٩٤٥ .

(٦١) أدب القضاء ، الفقرة ٨٨ ، ٨٩ .

(٦٢) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٠ .

كما يقول القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر (٦٣) .

وقد ذكر الفقهاء الشافعية (٦٤) أن القاضي لا يخص أحدا منهما
بقيام فاما أن يقوم لهما جميعا ، أو لا يقوم .

وذهب القاضي ابن أبي الندم الى أنه يكره القيام لهما جميعا (٦٥) .
وهي مسألة محفوظة عنه (٦٦) .

وقد علل ذلك بأنه قد يكون أحدهما شريفا والآخر وضيعا ، فإذا
قام لهما علم الوضع أن قيامه للشريف وكذلك يعلمه الشريف ، فيزداد
الشريف تها ، ويزداد الوضع كسرا . وترك القيام لهما أقرب الى العدل
وانفى لثبهم (٦٧) .

ثم يجلسهما الحاكم ، أو الحاجب يأمرهما بالجلوس بين يديه ،
ويقبل عليهما ويصني اليهما على السواء (٦٨) .

٤ - علنية المحاكمات :

والأصل في المرافعات الحديثة أن تجرى جلسات المحاكمة بصورة

(٦٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٠ ، وانظر رأيهما في روضة الطالبين
١٦١/١١ .

(٦٤) انظر نهاية المحتاج : ٢٤٨/٨ ، مغنى المحتاج : ٤٠٠/٤ ، حاشية
البجيرمي على منهج الطلاب : ٣٥٦/٤ ، روضة الطالبين : ١٦١/١١ ،
حاشية الجمل على شرح المنهج : ٣٥٢/٥ ، اعانة الطالبين :
٢٢٦/٤ ، الوجيز : ٢٤٢/٢ .

(٦٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٩١ .

(٦٦) انظر هذه المسألة منسوبة اليه في مغنى المحتاج : ٤٠٠/٤ ، حاشية
الشهاب الرملي على حاشية أسنى المطالب : ٣٠٩/٤ .

(٦٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٩١ .

(٦٨) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٤ .

علنية ، الا اذا مست تلك المرافعات أمورا سرية تتصل بأمن الدولة ، أو بالصالح العام ، أو بالآداب العامة ، ويكون ذلك بقرار من المحكمة أو بطلب من أحد الخصوم •

ومسألة علنية المحاكمات من منصوصات الشافعي رضي الله عنه اذ
قال :

« واجب ان يقضى في موضع بارز للناس » (٦٩) •

قال الماوردي في شرح ذلك :

« ومراده بهذا شيان : أحدهما : أن لا يحوج مع البروز الى الاستئذان عليه ، والثاني أن يكون الموضع فسيحا تروح فيه النفوس ولا يسرع فيه الملل ، فقد قيل : خير المجالس ما سافر فيه البصر واتدع فيه الجسد وبحسب هذين الأمرين اختلفت الرواية في نقل المزني في (موضع بارز) فرواه بعضهم بالخفض ، وجعله صفة للموضع في الفساحة والسعة ، ومنهم من رواه بالنصب (بارزا للناس) وجعله صفة للقاضي في ظهوره من غير اذن ... » (٧٠) •

وقد نص القاضي ابن أبي الدم على ان ينزل القاضي وسط البلد ويتخذ مكانا واسعا للجلوس فيه للحكم بين الناس (٧١) ، وأضاف الى ذلك قائلا « وأن يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه » (٧٢) فلا يخلو مجلس حكمه من الفقهاء لمشاورتهم في المشكلات ومناظرتهم في

(٦٩) انظر قول الشافعي في المختصر : ٢٤١/٥ ، الأم : ٢٠١/٦ •

(٧٠) أدب القاضي للماوردي : ١٩٦/١ - ١٩٧ : الفقرة ٢٤٩ وما بعدها •

(٧١) أدب القضاء : الفقرة : ٤٧ •

(٧٢) المرجع نفسه ، الفقرة : ٥٣ •

المجتهدات ، وأن لا يخلو مجلس حكمه من الحضور كالشهود وغيرهم ،
ثم لا يخرج من منزله حتى يجتمعوا ، تحقيقاً لمبدأ علنية المحاكمات من
جهة ، ووصولاً الى الحكم الصائب باستشارتهم ، لتحقيق العدالة .

ابتداء المرافعة :

فاذا جلسا بين يديه فان بدر واحد بالدعوى سمعها ، وقال للآخر
ما تقول في دعواه ؟ (٧٣)

ولم يوافق ابن أبي الدم على قول بعض الفقهاء ، أنه يسكت ولا
يقول شيئاً حتى يجيب الآخر ، فقال : ليس بشيء ، لانه لو ترك وجوابه
لم يجب .

وان سكنا فلا بأس أن يقول الحاكم لهما : من المدعى منكما (٧٤) ؟
ونقل عن بعض الفقهاء - ولم يسمه - انه يسكت ولا يقول شيئاً ،
فان ادعى واحد منهما ، والا أقيما من مكانهما (٧٥) .
وربما كان مراده بذلك الامام الشافعي فانه قد قال : « ولا بأس
اذا جلسا أن يقول تكلم ، أو يسكت ، حتى يتبدى أحدهما » (٧٦) .

لدد الخصوم :

وذكر القاضي ابن أبي الدم أنه اذا حصل من أحد الخصمين لدد
فعليه أن يأخذ الأمر بالحكمة ، فلا يتهرهما (٧٧) وقد نص الشافعي على

-
- (٧٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٨ .
 - (٩٤) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٨ .
 - (٧٥) المرجع نفسه ، الفقرة : ٩٨ .
 - (٧٦) مختصر المزني : ٢٤٥/٥ ، الأم : ٢٢١/٦ .
 - (٧٧) أدب القضاء : الفقرة : ٩٨ .

ذلك فقال : « ويكره للقاضي أن يتنهرهما »^(٧٨) ولأنه إذا فعل ذلك بهما
لحقهما حصر وخوف وانقطاع عن حجتهما •

فإذا عاد فالتقول عن الشافعي انه يزبره ولا يحبسه ولا يضربه الا
ان يكون في ذلك ما يستوجبه^(٧٩) •

فان لم يكف عن ذلك ، قال الماوردي جاز أن يتجاوز زواج الكلام
الى الضرب والحبس تعزيرا وأذا يجتهد رأيه فيه بحسب اللدد^(٨٠) •
ولم يذكر ذلك ابن أبي الدم اكتفاء بما قاله أنفا في كراهة
نهرهما •

تلقين الخصوم صحة الدعوى :

ولا يحق للقاضي أن يلقي أحد الخصمين حجة ، ولا شاهدا
شهادة •

نص على ذلك الشافعي بقوله : « ولا ينبغي أن يلقي واحدا منهما
حجة ولا شاهدا شهادة »^(٨١) •

ولكن اذا اضطرب واحد منهما في دعواه ، فهل يحق للقاضي أن
يلقنه تحقيق الدعوى ؟

ذهب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم الى أنه
لا يحق له أن يلقنه صحة دعواه^(٨٢) •

(٧٨) الأم : ٢٢١/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٥/٥ •

(٧٩) الأم : ٢٠١/٦ ، المختصر : ٢٤١/٥ •

(٨٠) أدب القاضي للماوردي : ٢٥٢/١ ، الفقرة : ٤٠٣ •

(٨١) الأم : ٢٢١/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٥/٥ •

(٨٢) أدب القضاء : الفقرة : ٩٩ •

ورد على الذين جوزوه ، ومنهم أبو سعيد الاصطخري الذي قال :
لا بأس بالتلقين ، لأنه لا ضرر على خصمه في ذلك (٨٣) .

تقديم الخصوم بحسب السابقة :

ويرى القاضي ابن أبي الدم انه يجب تقديم الخصوم بحسب
السابقة (٨٤) وهو منصوص الشافعي (٨٥) .

فإذا حضر اثنان متسابقان ، فاندعوى للسابق منهما .

ولو تساويا وتشاحا في التقديم افرع بينهما ، الا ان يكون أحدهما
مبشرا فيقدم المسافر على الأصح .

وذكر ابن أبي الدم أن فيه وجهان لا يقدم بالسفر أصلا (٨٦) .
وهو يرى أن المسافرين اذا كانوا قلة جاز تقديمهم وهو ما نص عليه
الشافعي (٨٧) والأصحاب .

اما ان كسروا كالحجيج في مكة والمدينة ، فعليه أن يسوى
بينهم (٨٨) .

(٨٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٩٩ ، وانظر رأي أبي سعيد الاصطخري في
أدب القاضي للماوردي : ٣٣٦/٢ ، الفقرة ٣٣٤٩ ، وقابل ذلك بما

فيه في ٢٥٦/٢ رقم الفقرة ٣٠٠٥ .

(٨٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .

(٨٥) الأم : ٢٢١/٦ ، المختصر : ٢٤٥/٥ .

(٨٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .

(٨٧) الأم : ٢٢١/٦ ، المختصر : ٢٤٥/٥ .

(٨٨) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٣ .

سماع الدعوى على كل شخص مكلف :

وذكر القاضي ابن أبي الدم أنه تسمع دعوى كل مدع على كل
إنسان مكلف بحق صحيح^(٨٩) سواء كان المدعي عليه جليلاً أو حقيراً
كالسوقي العامي إذا ادعى على السلطان القاهر شيئاً تسمع دعواه .

ورد على القاضي أبي سعيد الاصطخري رايه في عدم سماع ذلك
لأن العرف يكذبه ، وجعل ابن أبي الدم ذلك شيئاً من الوسائس لا ينبغي
في الدين تشويش القواعد بمثلها على حد قول إمام الحرمين^(٩٠) .

إعداد المدعي دون اشتراط الخلطة :

ويرى القاضي ابن أبي الدم أنه إذا استعصى الحاكم رجل على رجل
إعداد عليه ، سواء عرف بينهما معاملة أو لم يعرف^(٩١) .

بينما ذهب بعض الحنفية^(٩٢) وهو رواية عن الإمام علي^(٩٣) وعن
مالك^(٩٤) إلى أنه لا يصديه إلا إذا عرف القاضي أن بينهما معاملة ،
أو خلطة .

واستحسن ابن أبي الدم قول من قال إن على القاضي أن يسأل

(٨٩) المرجع نفسه ، الفقرة : ١٠٤ .

(٩٠) أدب القضاء ، الفقرة ١٠٤ .

(٩١) المرجع نفسه ، الفقرة : ١٠٠ .

(٩٢) انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ٣٠٧/٢ ،

الفقرة ٤٦٦ .

(٩٣) انظر المغنى : ٤١٠/١١ ، والشرح الكبير : ٤١٦/١١ .

(٩٤) انظر شرح الزرقاني على موطأ مالك : ٣٨٥/٤ ، حاشية الدسوقي :

١٤٥/٤ ، تبصرة الحكام : ١٣٠/١ ، قوانين الاحكام الشرعية لابن

جزى : ٣٢٨ ، بداية المجتهد : ٤٣٢/٢ .

المدعى : ما الذي تدعى عليه به ، فإن ذكر أنه يطلب منه أمرا يجوز طلبه شرعا عند هذا الحاكم اعداء ، وإن ذكر ما لا يجوز طلبه كتمن كلب أو قيمة خمر لدمي لم يعدله (٩٥) .

اكرام الشهود :

وقد استحب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم للقاضي اكرام الشهود ، وكره له أن يتعنتهم أو ينتهرهم (٩٦) .
وهو في ذلك جار على ما نص عليه الشافعي (٩٧) وأصحابه (٩٨) مستدلين على ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي بهم الحقوق » (٩٩) .

توجه الخصومة نحو المدعى عليه :

فإذا صحت الدعوى وسمعت ، توجهت الخصومة الى المدعى عليه .
وحينذاك يطلب القاضي منه الجواب على ذلك ولا يخلو اما أن يقر أو ينكر ، أو يسكت (١٠٠) وسرد ذلك في طرق الاثبات .

(٩٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٢ .

(٩٦) المرجع نفسه : الفقرة : ١٠٦ .

(٩٧) الأم : ٢٢١/٦ . مختصر المزني : ٢٤٥/٥ .

(٩٨) انظر المذهب : ٣٠٠/٢ ، أدب القاضي للماوردي : ٢٤٠/٢ ، رقم

الفقرة ٢٩٣٤ .

(٩٩) حديث « اكرموا الشهود » أخرجه العقيلي في الضعفاء ، والنقاش

في القضاة والشهود ، والديلمى في مسنده عن ابن عباس (المقاصد

الحسنة : ٧٨ - ٧٩ رقم ١٥٤) وقد رواه كثيرون ، ولكنهم ذكروا

أنه حديث ضعيف (انظر تخريجه في تعليقات الفقرة ١٣) .

(١٠٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٠٩ .

الفصل الثالث

طرق الاثبات عند ابن أبي الدم

وطرق الاثبات عند القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي
الدم ، على أنواع مختلفة فيما بينها من حيث قوتها وحجيتها *
وأهم طرق الاثبات :

١ - الاقرار

٢ - البيّنة (أو الشهادة)

٣ - اليمين

٤ - علم القاضي

٥ - القرائن

وفي ما يأتي نبذة مختصرة لكل طريقة من هذه الطرق من وجهة
نظر القاضي ابن أبي الدم *

١ - الاقرار :

الاقرار لغة : الاثبات ، من قر الشيء ، يقر قرارا ثبت وسكن ،
كاستقر^(١) .

وشرعا : عبارة عن أخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على
نفسه^(٢) .

حجة الاقرار :

والاقرار حجة في القضاء ، ودليل حجته قوله تعالى :

(١) القاموس المحيط (قر) : ١١٩/٢ .

(٢) انظر في تعريفه : جامع العلوم واصطلاحات الفنون المسمى بدستور

العلماء : ١٤٦/١ ، مفتى المحتاج : ٢٣٨/٢ ، نهاية المحتاج :

٦٤/٥ - ٦٥ .

« وَلَيُمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسُ مِنْهُ شَيْئًا » (٣) .

والاملاء ممن عليه الحق لا يتحقق الا بالاقرار .
وقوله تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ » (٤) .

والشهادة على النفس اقرار .

ودليله من السنة نصوص كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم في قصة العسيف (الأجير) : « اغدُ يا أُنَيْسُ الى امرأةٍ هذا فان اعترفتُ فآرَ جُمُها » (٥) .

وقد أجمع المسلمون على حجته .

والاقرار حجة ملزمة بنفسه ، دون حاجة الى قضاء القاضي (٦) .
وله شروط يجب أن تتوفر فيه ، تلخص في كون المقر أهلا للتكليف ، وأن يكون المقر له أهلا للاستحقاق ، وأن يحصل بالألفاظ التي تفيده .

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

(٤) النساء : ١٣٥ .

(٥) حديث قصة العسيف متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ، فقد رواه البخاري في الوكالة وغيرها (صحيح البخاري : ٣٠/٢) ورواه مسلم في الحدود (صحيح مسلم : ١٣٢٤/٣ - ١٣٢٥ رقم ١٦٩٧ - ١٦٩٨) .

(٦) مجيد حميد السماكية : حجة الاقرار في الاحكام القضائية (رسالة ماجستير) (مطبعة الديوانية في العراق ١٩٧٦) ، ص ٤٤٣ .

فإذا توفرت الشروط الشرعية كان من أقوى الأدلة عند أهل الفقه والقانون •

فإذا أقر المدعى عليه كما يقول القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم ، حكم عليه القاضي بموجب اقراره ، ولا تسمع بينة بعد اقراره (٧) •

ثم ذكر العبارات التي تفيد الاقرار الصريح والتي تفيد الاقرار الضمني ، وما لا يكون منها اقرارا (٨) •

٢ - البينة (او الشهادة) :

— البينة في اللغة : فيعلم من بان اذا ظهر (٩) ، وانما سميت بينة لأنها يبين بها الحق (١٠) ، والشهادة في اللغة مصدر شهد بمعنى حضر من المشاهدة ، وشهود الشيء ، معاينته (١١) •

وفي الاصطلاح : اخبار صادق بلفظ الشهادة لاثبات حق لغيره على غيره ، في مجلس القضاء ، ولو بلا دعوى لتدخل شهادة الحسبة (١٢) • وقد تطلق البينات على الشهود •

وهي احدى الحجج التي ثبت بها الدعوى •
وركنها :

هو اللفظ الخاص الذي تقوم به ، وهو لفظ (أشهد) لا غيره كما

(٧) أدب القضاء ، الفقرة : ١١٥ •

(٨) المرجع نفسه : ٣٦١ •

(٩) القاموس المحيط مادة : بان والمصباح المنير •

(١٠) المغرب في ترتيب المغرب : ٢٥٩ ، معنى المحتاج : ٤/٤٦١ ، كشف اصطلاحات الفنون : ١/٢٢٣ •

(١١) القاموس المحيط مادة شهد ١/٣١٦ •

(١٢) انظر في تعريفها : معنى المحتاج : ٤/٤٢٦ ، نهاية المحتاج :

٢٧٧/٨ ، الفتاوى الهندية : ٣/٤٥٠ •

يفهم من عبارة القاضي الفقيه شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن أبي
الدم (١٣) • وغيره من الفقهاء •

دليل مشروعيتها :

والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع •

أما الكتاب : فقوله تعالى :

« وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ
يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ
مِنَ الشَّهَادَةِ » (١٤) •

وقوله : « وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ » (١٥) •

وقوله : « وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ » (١٦) •

وأما السنة : فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
« الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي » (١٧) •

وقوله : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ » (١٨) •

(١٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٥٩١ •

(١٤) البقرة : ٢٨٢ •

(١٥) البقرة : ٢٨٢ •

(١٦) الطلاق : ٢ •

(١٧) حديث « البينة على المدعى » متفق عليه من حديث ابن عباس وقد
مر تخريجه •

(١٨) حديث « شاهداك أو يمينه » رواه البخاري ومسلم في القضاء عن
وائل بن حجر (نصب الراية : ٩٤/٤) وانظر تلخيص الحبير
٢٠٨/٤ رقم ٢١٣٧ ، قلت ورواه الترمذي (السنن ٣٩٨/٢ رقم
١٣٥٥) •

وقد أجمعت الأمة على مشروعيتهما •
ولأن فيها احياء حقوق الناس وصون العقود عن التجاحد وحفظ
الأموال على أصحابها •
وحكم الشهادة :
وجوب القضاء بها اذا استوفت شرائطها •
أما حكم تحملها وأدائها :
فانها فرض على وجه الكفاية ، واذا دعى اليها وليس هناك من يقوم
بها غيره فهي فرض عين •
« وَلَا يَأْبَ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا » (١٩) •
وقال : « وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ » (٢٠) •

وقال : « وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ » (٢١) •
شروط الشاهد ومراتب الشهادات ، والشهادة على الشهادة ، والتعارض :
وللشاهد شروط ذكرها ابن أبي الدم بايجاز غير مطيل فيها (٢٢) ،

-
- (١٩) الطلاق : ٢ •
(٢٠) البقرة : ٢٨٣ •
(٢١) الطلاق : ٣ •
(٢٢) أدب القضاء الفقرة : ٥٥٠ ، وانظر مختصر المزني : ٢٤٩/٥ ،
الأم : ٨٠/٧ ، أدب القاضي للماوردي ج ٣ الفقرة : ٤٠٣٢ ، نهاية
المحتاج : ٢٧٧/٨ ، مغنى المحتاج : ٤٢٧/٤ ، حاشية الجمل على
شرح المنهج : ٣٧٧/٥ ، روضة الطالبين : ٢٢٢/١١ •

كما ذكر نصابها ومراتبها^(٢٣) ، والشهادة على الشهادة^(٢٤) وغير ذلك ،
وتعارض اليمينات والترجيح بينها^(٢٥) .

٣ - اليمين :

اليمين في اللغة : تطلق على اليد اليمين ، وعلى القوة وعلى
البركة^(٢٦) .

وفي الاصطلاح^(٢٧) : تطلق ويراد بها تقوية ما عزم عليه من تحصيل
فعل أو امتناعه عنه بذكر اسم الله تعالى سواء كان ماضيا أو مستقبلا صادقا
كان أو كاذبا .

ثم اليمين بالله على ثلاثة أقسام :

١ - منعقدة ، وهي عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل والترك ،
وليست مقصودة هنا .

ويمين على الماضي والحاضر ، وهي التي يتقوى بها جانب الصدق
فيما يزعمه الحالف ، وهي مقصودة هنا .

(٢٣) أدب القضاء ، الفقرة : ٦٨١ .

(٢٤) المرجع نفسه : ٦١٨ .

(٢٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٤٥٣ وما بعدها .

(٢٦) القاموس المحيط (يمين) ٢٨٠/٤ - ٢٨١ .

(٢٧) انظر في تعريفها اصطلاحا : جامع العلوم في اصطلاحات الفنون الملقب

بدستور العلماء : ٤٨٥/٣ ، كتاب اليمين والآثار المترتبة عليه

للدكتور أبي اليقطان عطية الجبوري ص ٥ ، مغني المحتاج :

٣٢٠/٤ ، نهاية المحتاج : ١٦٤/٨ ، فتح الباري : ٥١٦/١١ .

٢ - ويمين غموس ، وهي التي تغمس صاحبها في النار ، وهي الحلف كذبا •

٣ - واليمين اللغو ، وهذه لا مؤاخذه فيها •

ودليل مشروعيتهما :

ورود آيات في الكتاب تنيد جوازها •

منها قوله تعالى : « لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيَانَ » ، (٢٨) •

وقوله : « وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا » ، (٢٩) •

وقوله : « وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا » ، (٣٠) •

وقوله : « إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ » ، (٣١) •

ومن السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : « اليمينُ على المدَّعي عليه » ، (٣٢) •

وقوله في قصة الحضرمي والكندي : « أَلَاكَ بَيِّنَةٌ ؟ » •

(٢٨) المائدة : ٨٩ •

(٢٩) النحل : ٩١ •

(٣٠) البقرة : ٢٢٤ •

(٣١) آل عمران : ٧٧ •

(٣٢) متفق عليه وقد مر تخريبه •

قال : لا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « فَلَكَ يَمِينُهُ » ، (٣٣) .

بم تكون اليمين :

واليمين بالله تعالى ، أو باسم من أسمائه ، أو صفة من صفاته لا غير ،
لقوله صلى الله عليه وسلم :

« من كان حالفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ » ، (٣٤) .

اليمين احدى طرق الاثبات عند ابن أبي الدم :

وقد ذكر القاضي شهاب الدين بن أبي الدم اليمين في عداد طرق
القضاء (٣٥) .

وذكر كيفيتها (٣٦) وألفاظها (٣٧) وموضعها ، وصور التغليف
فيها (٣٨) ، وحكم وقوعها قبل احلاف الحاكم (٣٩) ، وهل تكون يمين الرد

(٣٣) قصة الحضرمي والكندي رواها البخاري ومسلم في القضاء عن وائل
ابن حجر (نصب الراية : ٩٤/٤) وانظر تلخيص الحبير : ٢٠٨/٤
رقم ٢١٣٧ .

(٣٤) حديث من كان حالفاً ٠٠ متفق عليه من حديث ابن عمر ، فقد رواه
البخاري في مناقب الانصار من الصحيح (صحيح البخاري ٢٠٦/٢)
والادب منه (صحيح البخاري : ٤٧/٤) والايمان منه (صحيح
البخاري : ١٠٢/٤ - ١٠٣) والتوحيد (صحيح البخاري ١٨٧/٤)
ورواه مسلم في الايمان (صحيح مسلم : ١٢٦٧/٣ رقم ١٦٤٦) ،
ورواه غيرهما .

(٣٥) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٩٧ ، ٣٠٠ وما بعدها .

(٣٦) أدب القضاء : الفقرة : ٣٤١ .

(٣٧) المرجع نفسه : ٣٤٨ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ .

(٣٨) المرجع نفسه : ٣٤٩ وما بعدها .

(٣٩) المرجع نفسه : ٢٨٢ .

بمنزلة الاقرار ، أو بمنزلة اليانة^(٤٠) ؟ وما ينبغي على ذلك ، والمسائل التي يتعذر فيها رد اليمين^(٤١) ، وانقسام اليمين الى يمين على البت ويمين على النفي^(٤٢) .

ويتصل باليمين شيان :

القسامة والنكول

أما القسامة : فهي اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم الذين يدعون على من وجد القتل بينهم مجهولا قاتله ، أو على من بينه وبين القتل لو (أي عداوة ظاهرة) فيحلفون خمسين يمينا أنه قتله فيثبت حقهم قبله ، فإن لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرى^(٤٣) . وهي بهذا طريقة من طرق الإثبات .

ولم يذكرها ابن أبي الدم ، لأن كتابه وضع لغيرها .

وأما النكول : فلم يعتبره القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم ابن أبي الدم طريقا من طرق القضاء^(٤٤) ، وإن اعتبره بعضهم كذلك على معنى انه اذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل عنها قضى عليه بنكوله عندهم في حين أن المؤلف كشأن الشافعية عموما لا يقضون بمجرد النكول ، بل يردون اليمين على المدعى فإن حلف قضى له بيمينه لا بنكول

(٤٠) المرجع نفسه : ٣٠٧ .

(٤١) المرجع نفسه : ٣١٧ .

(٤٢) المرجع نفسه : ٣٢٤ .

(٤٣) انظر بشأن تعريفها : طلبية الطلبة : ١٦٧ . معنى المحتاج : ١٠٩/٤ .

دستور العلماء : ٦٨/٣ ، التعريفات : ١٥٣ .

(٤٤) أدب القضاء ، الفقرة ٢٨٩ وما بعدها .

- المدعى عليه وهي مسألة خلافية بين الفقهاء (٤٥) .
- وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

٤ - علم القاضي :

- قال القاضي شهاب الدين بن أبي الدم (٤٦) :
- لا خلاف أن القاضي يقضى بعلمه في الجرح ، فإذا عدل عنده شاهد علم القاضي فسقه عمل بعلمه ، ولا يقضى بشهادته قولاً واحداً .
- أما إذا علم عدالة الشاهد ، فهل له أن يقضى بشهادته من غير تزكية شاهدين ؟ فيه قولان أصحهما ههنا القضاء بالعدالة التي يعلمها .
- وكذلك لا يقضى بخلاف علمه ، بلا خلاف ، كما لو شهد شاهدان أن زيدا قتل عمرو ، وقد علم أن خالداً هو القاتل له ، لا يقضى بشهادتهما على زيد بالقتل بالاجماع .
- وهكذا لو شهدا على أقرار زيد بمال لعمرو ، وقد علم أن عمرو أبرأه ، أو استوفى هذا المال منه ، عمل بعلمه دون شهادتهما بلا خلاف .
- أما القضاء بالعلم الذي انفرد به القاضي ، فهل له أن يقضى به ؟
- نقل ابن أبي الدم عن البغوي أن فيه قولين أصحهما الجواز (٤٧) ،

(٤٥) انظر آراء الفقهاء في النكول في المفضى : ١٢/١٢٤ ، الشرح الكبير : ١٢/١٥٨ ، تبصرة الحكام : ١/٣٠١ ، البدائع : ٨/٣٩٣٥ ، معين الحكام : ٦٦ ، اليمين والآثار المترتبة عليه ١٧٠ .

(٤٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٤٩ وما بعدها .

(٤٧) المرجع نفسه : ١٥٢ .

وهو اختيار المزني^(٤٨) ، وقد أثر عن الربيع^(٤٩) أنه نقل عن الشافعي أنه كان يرى القضاء بالعلم لكنه لا يقضى به خوفا من قضاة السوء .

وقد فرق القاضي ابن أبي الدم بين العلم بالحاصل له عن مشاهدة منه ، وبين أن يكون حاصلا بأخبار التواتر ، فأجاز القضاء بعلمه الحاصل بأخبار التواتر متابعا في ذلك إمام الحرمين ، لأنه لا تهمة تلحقه هنا ، بخلاف علمه بالحاصل بغيرها ، فإنه متهم^(٥٠) .

وقد ذكر في موضع آخر أن من أقر في مجلس الحكم قضى عليه ، وليس هذا قضاء بالعلم على الصحيح ، فإنه أقوى الحجج وأعلاما^(٥١) . ثم قال : فلو أقر عده سرا ، هل يكون كالحكم بالعلم ؟ فيسه نولان^(٥٢) .

وبناء على جواز القضاء بالعلم في هذه المسألة فلو شهد شاهد واحد بما يعلمه القاضي ، هل يقضى علمه عن شاهد آخر حتى يكون كشاهد آخر ويقضى ؟

ذكر ابن أبي الدم فيه وجهين ، أصحهما أنه لا يكفي .

وعلى كل حال فإن مسألة القضاء بعلم القاضي من المسائل الخلافية

(٤٨) انظر مختصر المزني من كلام الشافعي : ٢٤٦/٥ ، مبدؤا بقوله قال المزني .

(٤٩) انظر قول الربيع في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الأم) ج ٧ ص ١٠٣ مبدؤا بقوله قال الربيع .

(٥٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٣ .

(٥١) أدب القضاء ، الفقرة : ١١٥ ، وقابل ذلك بما في الفقرة : ١٥٤ .

(٥٢) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٥ .

أثني كثر فيها الكلام بين الفقهاء^(٥٣) ، وتوسعت فيها التفصيلات :

فقد ذهب المالكية والحنابلة ، وهو أحد قولي الشافعي ، الى أنه لا يقضى الحاكم بعلم نفسه في حد ولا غيره ، سواء علم بذلك قبل الولاية أو بعدها إلا ما يجري أمامه في مجلس القضاء ، ودليلهم حديث « إنما أنا بشر ... » وفيه يقول : « فافض لي على نحو ما اسمع منه »^(٥٤) إذ أنه يقضى بما يسمع لا بما يعلم .

وقوله صلى الله عليه وسلم في قصة الحضرمي والكندي : « شاهدك أو يمينه ، ليس لك منه الا ذاك »^(٥٥) .

وذهب الصاحبان ، وهي رواية عن أحمد والفرول الثاني للشافعي ، وهو اختيار المزني من الشافعية الى جواز فضائه فيما سوى الحدود ، بدليل أنه صلى الله عليه وسلم حكم لهند بالنفقة بلا بينة ولا اقرار ، لعلمه بصدقها .

وذهب أبو حنيفة الى أن ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه

(٥٣) أنظر المغني : ٤٠٠/١١ ، الشرح الكبير : ٤٢٤/١١ ، تبصرة
الحكام : ٢٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٥٨/٤ ، معين الحكام : ١١٩ ،
الفتاوى الهندية : ٣٣٨/٣ . شرح أدب القاضي للخصاف لابن مازة :
٩٤/٣ ، الفقرة : ٦٣٣ ، مختصر المزني : ٢٤٦/٥ ، الأم : ٢٢٣/٦ ،
اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الأم) : ١٠٣/٧ ، أدب
القاضي للماوردي : ٢٧٠/٢ رقم ٣٥٥٥ ، تاريخ قضاة الأندلس
للنباهي : ١٩٠ ، جواهر العقود : ٣٦٤/٢ ، المدونة : ١٤٨/٥ ،
بداية المجتهد : ٤٥٨/٢ ، أخبار القضاة : ٣٥٩/٢ .

(٥٤) رواه البخاري ومسلم ومالك والترمذي وأبو داود من حديث أم
سلمة (انظر جامع الأصول ٥٥٣/١٠ رقم ٧٦٥٥) .

(٥٥) متفق عليه من حديث وائل بن حجر وقد مر تخريجه .

بعلمه ، لأن حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين
فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به ، لأن
ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه
بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته •

وذهب الظاهرية الى أنه فرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء
والقصاص والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم ذلك قبل ولايته ،
أو بعد ولايته ، وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ، ثم بالاقرار ،
ثم بالبين^(٥٦) •

والظاهر رجحان المذهب القائل بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه ■
لثلا يكون قاضيا وشاهدا في آن واحد فيعرض موقفه لتهمة الحاباة
والمائلة •

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع •

٥ - القرائن :

القرائن في اللغة : جمع قرينة ، والقرينة في اللغة تطلق على مؤنث
القرين أي المشابه أو المصاحب ، وعلى النفس وعلى الزوجة وعلى غير
ذلك ، وهي فصيلة بمعنى المفاعلة مأخوذة من المقارنة^(٥٧) •

وفي الاصطلاح : امارات أو علامات تشير الى المطلوب^(٥٨) •

(٥٦) المحلى : ٤٢٦/٩ الفقرة : ١٧٩٦ •

٣ (٥٧) القاموس المحيط (قرن) : ٢٥٩/٤ ، والمعجم الوسيط : ٧٣١/٢ ،

تاج العروس : ٣٠٥/٩ •

(٥٨) التعريفات : ١٥٢ ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون المسمى

بديستور العلماء : ٦٤/٣ ، تبصرة الحكام : ٢٠٢/١ ، درر الحكام

شرح مجلة الأحكام : ٤٣٠/٤ المادة ١٧٤٠ وما بعدها •

دليل مشروعية الأخذ بالقرائن :

والقرائن معتبرة في الشرع ودليلها من الكتاب قوله تعالى :

« إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ • وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ • فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ أَنْ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ » (٥٩) •

ومن السنة ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير أن يقرر عم حيي بن أخطب بالعذاب على اخراج المال الذي غيبه وادعى نفاذه ، فقال له « العهد قريب والمال أكثر من ذلك » (٦٠) قال ابن القيم : فهاتان قرينتان في غاية القوة كثرة المال وقصر المدة التي ينفق كله فيها (٦١) •

وقد سار عليها الصحابة : قال ابن القيم : « فقد حكم عمر بن الخطاب والصحابة معه رضى الله عنهم برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد ، وذهب اليه مالك وأحمد في أصح روايته اعتماداً على القرينة الظاهرة • وحكم عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة بوجوب الحد برائحة الخمر من في الرجل أو قيئه خمرًا اعتماداً على القرينة الظاهرة •

ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المنسروف مع المتهم •

(٥٩) يوسف : ٢٦ - ٢٨ •

(٦٠) الطرق الحكيمة : ص ٧ •

(٦١) المرجع نفسه : ص ٧ •

وهذه القرينة أقوى من البينة والاقرار ، فانهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب ووجود المال معه نص صريح لا تطرق اليه شبهة ، وهل يشك أحد رأي قتيلا يتشحط في دمه وآخر قائم على رأسه بالسكين أنه قتله ، ولا سيما اذا عرف بمداوته له ، (٦٢) .

هذا كلام ابن القيم ، وهو كلام مستقيم ، فالقرائن معتبرة عند الفقهاء يرجع اليها حين لا يتوفر الدليل .

اختلاف الفقهاء في تفصيل القرائن :

وموقف ابن أبي الدم من العمل بالقرائن :

لكن الفقهاء مختلفون في تفصيل القرائن ، وفي نوع الحق الذي يصح أن يعتمد فيه على القرينة (٦٣) .

وهناك قرائن اتفقوا على اعتبارها في القضاء كقضاء القاضي لولده أو والده أو على عدوه كل ذلك يكون دليلا على المائلة ، والتحيز اليهم ، أو عليهم ، فمنعوا منه ، وقد نص على ذلك ابن أبي الدم تبعا لهم (٦٤) .

وقد أخذ ابن أبي الدم بالقرائن ورتب عليها أحكاما :

منها : انه اذا لس في الشهود غفلة أو عدم تثبت فرقهم وسأل كل

(٦٢) الطرق الحكيمة : ٦ - ٧ .

(٦٣) انظر طرق القضاء في الشريعة الاسلامية مجيد حميد سماكية

ص ٢٦ . مقارنة المذاهب لثلاثين والسائس : ١٣٧ ، طرق الاثبات

في الشريعة والقانون للدكتور أحمد عبدالمنعم البهي : ٧١ وما بعدها ،

نظرية الاثبات لأحمد فتحي بهنسي : ١٦٥ وما بعدها .

(٦٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٥٧ وما بعدها .

• واحد منهم منفرداً (٦٥) •

ومنها : أنه إذا لم يَسْعَ الشفيع إلى المشتري أو إلى القاضي وقت بلوغه الخبر ، ولم يشهد أو يوكل في ذلك مع مقدرة ، فإن ذلك يكون قرينة على عدم إرادته الشفعة (٦٦) •

ومنها تقديم بينة الداخل على بينة الخارج ، لأن اليد قرينة ترجح بينته (٦٧) •

- وتقديم بينة التاج على البينة المطلقة (٦٨) •
- ومنها مسألة اختلاف الزوجين في متاع البيت (٦٩) •
- وهي مسائل كثيرة مبثوثة في ثنايا الكتاب •

وتتصل بالقرائن القیافة والقرعة :

وربما سلكت القیافة والقرعة حين الاشتباه في عداد القرائن ، وإن كانتا من النوع الثاني من القرائن أي القرائن التي تقبل المناقشة ، وقد أخذ ابن أبي الدم بهاتين القريتين ، كتقديم دعوى أحد المتخاصمين على دعوى الآخر بالقرعة إذا تشاح الخصوم في التقديم (٧٠) ، وكرجیع احدى البینتين على الأخرى حين التعارض (٧١) وغير ذلك • وكعرض الولد على القافة حين الاشتباه به •

-
- (٦٥) المرجع نفسه : ١٠٧ •
 - (٦٦) المرجع نفسه : ٥٢٦ •
 - (٦٧) المرجع نفسه : ٤٥٣ •
 - (٦٨) المرجع نفسه : ٤٨٩ •
 - (٦٩) المرجع نفسه : ٥٠٦ •
 - (٧٠) المرجع نفسه : ١٠٣ •
 - (٧١) المرجع نفسه : ٤٩٦ •

الفصل الرابع

الأحكام التي يصدرها القاضي ونقضها

وتقصد بها القرارات التي يصدرها القاضي بعد المرافعة وسماع الشهادات وتدوينها وتركيتها والمشاورة في تلك المسألة ، ونطق القاضي بتلك الأحكام بقوله : حكمت ، أو ألزمت •

هل الثبوت حكم :

ويشير ابن أبي الدم مسألة دقيقة ، هي أن الحاكم اذا ثبت عنده الحق بشهادة عدلين ولم يقل حكمت ولا ألزمت ، فهل مجرد قوله : « ثبت الحق عندي » حكمٌ به ؟ حتى لا يفتر بعده الى قوله حكمت أو ألزمت أو ما يقوم مقامهما^(١) ؟

ذكر القاضي ابن أبي الدم أن في ذلك وجهين أحدهما عنده أن الثبوت ليس بحكم •

ومحصلة ذلك أننا اذا قلنا : ان الثبوت ليس بحكم فان للحاكم قبل اصدار الحكم أن يتوقف اذا رابه أمر ، وأن الشاهد لا يغرم اذا رجع عن شهادته ، وان شهادة الفرع لا يعمل بها اذا رجع شاهد الأصل أو برى من مرضه ، بل يجب على شاهد الأصل أداء الشهادة ليعمل بها •

واذا قامت اليينة على ميت ، أو غائب ، فقد ثبت الحق بمعنى ظهر

(١) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ وما بعدها ، والفقرة : ٤٣٥ •

للحاكم صدق المدعى ، فلو سأل من الحاكم الحكم له بالحق ، فلا بد من
يمين للحكم على الميت قولاً واحداً ، وللحكم على الغائب على أصح القولين .
وإذا قلنا : ان الثبوت حكم فمتى قال ثبت عندي الحق ، فهذا حكم
منه به الآن ، فتنبئ عليه الأحكام التي ذكرناها جميعها ، ولا يحتاج معه
الى قوله : وحكمت به .

حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه :

يرى القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي
الدم - تبعاً للإمام الشافعي وأصحابه - أن حكم الحاكم لا يحيل الأمور
عما هي عليه^(٢) .

وهو رأي الجمهور من فقهاء المذاهب^(٣) .

وذهب أبو حنيفة ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، الى أن حكم
الحاكم يحيلها في الفروج والنسب ، دون الأنفس والأموال^(٤) .

ومثال ذلك : اذا شهد شاهدان قبل القاضي أقوالهما عنده على
رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً وفرق الحاكم بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان

(٢) أدب القضاء الفقرة : ١٨٢ ، وانظر رأي الإمام الشافعي في الأم :

٢٠٢/٦ ، مغنى المحتاج : ٣٩٧/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ .

(٣) انظر المغني : ٤٠٧/١١ - ٤٠٨ ، الشرح الكبير : ٤٦٥/١١ ، المحلى

٤٢٢/٩ الفقرة : ١٧٩٢ ، البحر الزخار : ١٣٧/٦ .

(٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٢ ، وانظر رأي أبي حنيفة وخلاف صاحبيه

له في شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة : ١٧٦/٣ -

١٧٧ ، الفقرة ٦٨٠ ، فتح القدير : ٤٩٢/٥ ، رد المحتار : ٤٠٥/٥ ،

ريضة القضاة : ٣٢٠/١ ، المبسوط : ٨٦/١٦ ، معين الحكام : ٣٠ .

بكذبهما ، فانه لا يجوز لواحد منهما أن يتزوج بها مع علمه بالحال ، وقال أبو حنيفة : يجوز^(٥) .

وكذلك لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ولم يكن في نفس الأمر تزوجها ، فشهد له شاهدان أنه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما ، حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعند ابن أبي الدم وغيره من الفقهاء الشافعية وغيرهم لا تحل له أصلا^(٦) .

وعلى ذلك مسائل عديدة .

وقد أرجع ابن أبي الدم^(٧) أصل الخلاف في هذه المسألة الى الخلاف في مسألة أن المجتهد المصيب واحد أو أن كل مجتهد مصيب ؟

فمن قال : كل مجتهد مصيب كان الحق على مذهبه في جهات متعددة ، فينفذ حكم الحاكم في المجتهدات ظاهرا وباطنا .

ومن قال ان المصيب واحد فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله تعالى فلا ينفذ ظاهرا وباطنا بل ظاهرا فقط .

وسيرد كلام في هذه المسألة في الباب الرابع .

نقض الحكم :

ولا يقصد به المعنى المتعارف عليه عند أهل القانون من أن النقض كطريق طعن في الأحكام « القصد منه تقويم الاعوجاج القانوني في الحكم

(٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٢ ، وانظر المسألة في شرح ادب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد : ١٧٦/٣ - ١٧٧ الفقرة : ٦٨٠ .

(٦) أدب القضاء ، الفقرة : ١٨٣ .

(٧) المرجع نفسه : ١٨٧ .

المطعون فيه وتوحيد فهم القضاة للقانون» (٨) ، « لتدقيق الأخطاء القانونية والأصولية والاجرائية وتصحيحها » ثم اصدار قرارها على ضوء اللوائح التي يقدمها الخصوم ومحاضر المرافعات في ملف الدعوى» (٩) وذلك « بقصد الغائه ، أو تعديله ، أو ازالة آثاره» (١٠) الذي يقدم الى محكمة مختصة باجراءات معينة ومواعيد محددة •

وانما يقصد به هنا المعنى اللغوي ، وهو ابطال الحكم والحل منه •
قال تعالى : « وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَظَتْ غَزْلُهَُا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ» (١١) •

أو بمعنى الرجوع عنه كما قال تعالى :
« وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بِمَدَّ تَوْكِيدِهَا» (١٢) •
وكما قال :

« والذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة» (١٣) •
وقد عقد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم فصلا في نقض قضاء القاضي قضاؤه الذي وقع منه (١٤) •

(٨) القضاء في الاسلام وحماية الحقوق للدكتور عبدالعزيز خليل بدوي : ٨٠ - ٨١ •

(٩) القواعد العامة للمرافعات الحديثة في القانون العربي المقارن للمحامي جليل قسطو : ١٢٥ •

(١٠) طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية عبد المنعم حسني : ٥/١ •

(١١) النحل : ٩٢ •

(١٢) النحل : ٩١ •

(١٣) الانفال : ٥٦ •

(١٤) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٢ وما بعدها •

بين فيه أن القاضي قد يقوم بنقض حكم صادر في قضية ، سواء كان ذلك الحكم قد صدر منه ، أو من قاض آخر كاتبه به •

فذكر أن من الأحكام ما لا ينقض ، وهي تلك الأحكام التي صدرت وفق النصوص الشرعية ، ولا مجال فيها للاجتهاد •

يضاف الى ذلك الأحكام التي صدرت عن اجتهاد لخلوها عن النص ، أو لم يكن مجعما عليها ، فلا ينقضها باجتهاد ثان^(١٥) ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد^(١٦) •

وهذا باتفاق الفقهاء جميعا^(١٧) •

أما الأحكام التي يجب أن تنقض ، فهي الأحكام المخالفة لنص الشارع من الكتاب أو السنة المتواترة أو الاجماع ، أو القياس الجلي • وذلك باتفاق الفقهاء أيضا^(١٨) •

وقد نص ابن أبي الدم على نقض القاضي قضاءه المستند الى اجتهاده المخالف لخبر الواحد الصريح الصحيح الذي لا يحتمل الا تأويلا بعيدا

(١٥) أدب القضاء ، الفقرة : ١٦٩ •

(١٦) وهي قاعدة فقهية ، انظر الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٠١ ،

والأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠٥ •

(١٧) انظر : تبصرة الحكام : ٧١/١ ، وما بعدها ، حاشية الدسوقي :

١٥٣/٤ ، معين الحكام : ٢٨ ، الفتاوى الهندية : ٤٢١/٣ ، الهداية :

١٠٧/٣ ، فتح القدير وحواشيه : ٤٨٧/٥ ، المغني : ٤٠٣/١١ ، الشرح

الكبير : ٤١٢/١١ مختصر المزني : ٢٤٢/٥ ، الأم : ٢٠٧/٦ ،

أدب القاضي للماوردي : ٦٨٢/١ الفقرة : ١٧٤٠ ، المهذب :

٢٩٨/٢ ، مغني المحتاج : ٣٩٦/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ ،

البدائع : ٤٠٨٢/٩ ، البحر الزخار : ١٣٥/٦ - ١٣٦ •

(١٨) المراجع المشار إليها الآن •

ينبو الفهم عن قبوله على الأصح^(١٩) .

وذكر رأيا آخر ضعيفا انه لا ينقض ذلك .

وضرب لنا أمثلة على ما يحق للمقاضي الشافعي أن ينقضه من أحكام
القضاء الآخرين :

فذكر منها :

قضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس بنفيه ، وفي العرايا ، وذكاة
الجنين ، والنكاح بلا ولي ، قال وقيل ان الأصح أنه لا ينقض في مسألة
النكاح بلا ولي .

قال : وينقض أيضا قضاؤه اذا حكم بشهادة الفاسقين على الأصح ،
وكذلك من قضى بصحة بيع أمهات الأولاد على الأصح ، وقضاء الحنفي في
مسألة المقتل ، وفي مسألة العبد المأذون له بالتجارة اذا تمدى ما صرح له
السيد بالاقتصار عليه ، ومسألة زوجة المفقود أن تتكح بعد تربص أربع
سنين ، وغير ذلك .

كل ذلك لأن للشافعية رأيا يخالف ما عند الأحناف في ذلك لاختلاف
الأدلة .

ومثل هذا نجد الحنفية بالمقابل انهم يرون نقض القضاء المستند الى
الشاهد واليمين^(٢٠) ، لأنهم لا يرون أن الشاهد واليمين حجة في اثبات
الحقوق ، وذكروا لذلك مسائل متعددة^(٢١) .

(١٩) أدب القضاء ، الفقرة : ١٧١ .

(٢٠) أدب القضاء ، الفقرة : ١٧٦ .

(٢١) انظر شرح أدب القاضي للخصاف لحسام الدين الصدر الشهيد

١٢٣/٣ ، الفقرة : ٦٤٥ ، وما بعدها ، وقابل ذلك بما فيه ج ٣

ص ١١٠ ، الفقرة : ٦٣٩ ، وما بعدها ، بدائع الصنائع : ٤٠٨٥/٩ ،

فتح القدير : ٤٨٩/٥ .

الباب الرابع

دراسات فقهية مقارنة لبعض المسائل الخلافية
الواردة في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العليّ القدير ، والصلاة والسلام على نبيه البشير النذير ،
بحمد وآله وصحبه ، ومن سار على هدى كتابه المنير ، أنى يوم العرض
والنشور •

وبعد :

فهذه دراسات مقارنة لمسائل فقهية كثر فيها الكلام بين الفقهاء
وتشعبت فيها مذاهبهم ، تعرض لها القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم
ابن عبد الله المعروف بابن أبي الدم (المتوفى ٦٤٢هـ) في كتابه (أدب
القضاء) ، أشرنا إليها بايجاز شديد في الابواب السابقة ، تناولنا في هذه
الدراسات عرض قول المؤلف في كل مسألة منها ، وبيان المذاهب الفقهية
المختلفة فيها مع دليل كل مذهب ، وختمنا ذلك بالترجيح بين هذه المذاهب
على وجه مختصر •

نرجو الله أن يأخذ بأيدينا الى ما فيه الخير انه هو السميع البصير ،
وبالاجابة جدير ، فهو نعم المولى ونعم النصير •

الفصل الأول

قضاء المرأة

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم المذكورة شرطا من الشرائط التي يجب أن تعتبر في صفات القاضي (١) .

ونص على أن المرأة ليست من أهل القضاء وإذا وليت القضاء لم تعتقد ولايتها ولا أحكامها (٢) .

واعلم أن في قضاء المرأة ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : لا يجوز قضاؤها مطلقا .

والمذهب الثاني : يجوز قضاؤها مطلقا .

والمذهب الثالث : يجوز قضاؤها في كل شيء الا في الحدود والدماء .

أما المذهب الأول (وهو عدم جواز قضائها مطلقا) فقد ذهب اليه جمهور الفقهاء من الشافعية (٣) ، والمالكية (٤) ، والحنابلة (٥) .

(١) أدب القضاء الفقرة : ١٠ .

(٢) المرجع نفسه الفقرة ١١ .

(٣) انظر رأي الشافعية في تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم عليها ج ١٠ ص ١٠٦ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٥ ، تاريخ قضاة الاندلس للنباهي ص : ٤ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٢٩/٤ ، تبصرة الحكام : ٢٤/١ .

(٥) المغني (نشر مكتبة الرياض ومكتبة الجمهورية) : ٣٩/٩ ، وانظر

وأما المذهب الثاني : (وهو جواز قضائها مطلقا) ، فقد ذهب اليه
الامام ابن جرير الطبري ^(٦) ، وابن حزم ^(٧) .

وأما المذهب الثالث : (وهو جواز قضائها في كل شيء الا في الحدود
والدماء) فهو قول الحنفية ^(٨) .

أدلة المذهب الأول :

استدل الماسعون من قضاء المرأة بالكتاب ، والسنة ، والاستدلال :
أما الكتاب ، فقوله تعالى :

« الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ » ^(٩) .

فقد جعل الله القوامة للرجال عليهن ، وفي قضاء المرأة نوع ولاية
وقوامة ، مخالفة لما نص الله عليه .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم :

نبيل الاوطار : ٥٠٨/٨ - ٥٠٩ ، الاحكام السلطانية لأبي يعلى :
٤٤ ، الاقناع : ٢٩٢/٢ .

(٦) انظر رأي ابن جرير الطبري ينقله الماوردي في الاحكام السلطانية

ص ٦٥ وعلق عليه بقوله : ولا اعتبار بقول يرده الاجماع ، وانظره
ايضا في بداية المجتهد : ٤٢١/٢ ، والمفنى (ط : الرياض) : ٣٩/٩ .

(٧) المحلى (طبعة الطباعة المنيرية) : ٤٢٩/٩ ، (ومطبوعة مكتبة
الجمهورية بمصر - ١٩٧٠) ، ٦٣١/١٠ ، الفقرة : ١٨٠٤ .

(٨) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد

المعروف بابن مازة البخاري : ١٦٠/٣ رقم الفقرة : ٦٧٠ ، بدائع
الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، فتح القدير : ٤٨٥/٥ ، فتاوى قاضيخان :

٣٦٤/٢ ، حاشية رد المحتار : (ط : ٢) ٣٥٧/٥ .

(٩) النساء : ٣٤ .

« لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ » (١٠) .

ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يول امرأة القضاء ولم يولها احد من أصحابه ، وكفى بهم قدوة •

وأما الاستدلال ، فقد قال الماوردي :

« لَأَنَّ الْإِنُوتَةَ تَقْصُرُ عَنْ كَمَالِ الْوَلَايَاتِ وَقَبُولِ الشَّهَادَاتِ » (١١) .

وقال ابن قدامة : « لَأَنَّ الْقَاضِيَ يَحْضُرُ مُحَافِلَ الْخُصُومِ وَالرِّجَالِ ، وَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى كَمَالِ الرَّأْيِ ، وَتَمَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةٌ الْعَقْلِ ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ ، لَيْسَتْ أَهْلًا لِلْحَضُورِ فِي مُحَافِلِ الرِّجَالِ ، وَلَا تَقْبَلُ شَهَادَتَهَا ، وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلَهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ رَجُلٌ ، وَقَدْ بَيَّنَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالَتِهِمْ وَتَسْيَانِهِمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : « أَنْ تَضِلَّ احِدَاهُمَا فَتُذَكَّرْ احِدَاهُمَا الْأُخْرَى » (١٢) ، وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعَظِيمِ ، وَلَا تَوَلِيَةِ الْبُلْدَانِ ، وَلِهَذَا لَمْ يُولِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ ، وَلَا مِنْ بَعْدِهِمْ امْرَأَةً قِضَاءً ، وَلَا وِلَايَةً بِلَدٍ فِيمَا بَلَغْنَا ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَخُلْ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا » (١٣) .

أدلة المذهب الثاني :

واستدل المجيزون لقضاء المرأة مطلقا بما روى عن عمر بن الخطاب

(١٠) حديث : « لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ » رواه البخاري في المغازي

عن أبي بكر (انظر صحيح البخاري : ٦٠/٣) وهو عند الحاكم

وابن حبان وأحمد مطولا (المقاصد الحسنة : ص ٣٤٠ رقم ٨٧٨) •

(١١) الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٥ ، وانظر الاحكام السلطانية لأبي

يعلى : ٤٤ •

(١٢) البقرة : ٢٨٢ •

(١٣) المغنى (مكتبة الرياض) : ٣٩/٩ - ٤٠ •

- رضى الله عنه أنه ولي الشفاء (امرأة من قومه) السوق •
- ولأنه لما جازت فتياها جاز قضاؤها •

وأما حديث « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » فانهم وجهوه بآراء
انما قال الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الأمر العام الذي سر
الخلافة •

قال ابن حزم :

« فان قيل : قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لن يفلح قوم
اسندوا أمرهم الى امرأة » قلنا : انما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم في الأمر العام الذي هو الخلافة ، برهان ذلك قوله عليه الصلاة
والسلام : « المرأة راعية على مال زوجها وهي مسؤولة عن رعيته » ، وقد
اجاز المالكيون أن تكون وصية ووكيلة ، ولم يأت نص من منعها أن تولى
بعض الأمور ، وبالله تعالى التوفيق ، (١٤) •

ادلة المذهب الثالث :

استدل القائلون بجواز قضائها في كل شيء الا في الحدود والدماء
بما استدل به المجيزون لقضائها في كل شيء الا أنهم منعوها من القضاء في
الحدود والدماء ، لأن القضاء كالشهادة ، فمن لم تجز شهادته لم يجز
قضاؤه ، فصح قضاؤها في ما تصح فيه شهادتها ، وشهادتها تصح في كل
شيء الا الحدود والدماء ، فتقضى المرأة في كل شيء الا فيهما (١٥) •

(١٤) المحلى (طبعة مكتبة الجمهورية) : ٦٣١/١٠ رقم المسألة ١٨٠٤ •
(١٥) انظر هذا الاستدلال في فتح القدير : ٤٥٤/٥ ، حاشية رد المحتار
على الدر المختار : ج ٥ ص ٣٥٤ ، بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ،
شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة البخاري : ١٦٠/٣ رقم
الفقرة ٦٧٠ •

الترجيح بين المذاهب :

وأرجح المذاهب في نظرنا - والله أعلم - هو مذهب القائلين بجواز قضائها في ما تصح فيه شهادتها • أي القائلين بأنها يجوز لها أن تقضى في كل شيء إلا في الحدود والدماء •

وذلك لأن ما يفهم من كلام القوم أن الاتفاق جار بين الفقهاء أن أهلية القضاء هي أهلية الشهادة ، فحيث جازت الشهادة من شخص جاز قضاؤه •

وأما حديث « لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة » فإنه صلى الله عليه وسلم قاله لا بلغه أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى ، أي أنه قصد به - والله أعلم - معنى الامامة العظمى ، وعلى ذلك المعنى تقتصر دلالة الحديث (١٦) •

ومن جهة ثانية نجد أنه قد استقر الرأي عند جمهور الفقهاء أن المرأة لا يجوز لها أن تقوم بالولاية العامة ، لأن طبيعتها تتنافى مع ذلك وأن الولاية الخاصة مشروعة وجائزة كولاية التربية الأولى التي تسمى بالحضانة ، والتعليم والتدريس والتريض • فجاز أن تلي ولاية خاصة للنظر في قضايا الاحداث أو القضايا التي تخص النساء في عيوبهن وابدانهن وأمورهن الخاصة الأخرى والله أعلم •

(١٦) نيل الأوطار : ٥٠٨/٨ ، والبيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف ١٢٥/٣ •

الفصل الثاني

شرط الاجتهاد في القاضي

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن أبي الدم أن من جملة الشرائط المعبرة في صفات القاضي على مذهب الامام الشافعي ، أن يكون القاضي مجتهداً مطلقاً^(١) .

وبهذا قال الامام مالك^(٢) ، وبمض من أصحابه المتقدمين ، والامام أحمد^(٣) ، وبمض الحنفية^(٤) .

وذهب جمهور الفقهاء الى اشتراط العلم الذي لا يتم الحكم الا به^(٥) . وعبر عنه ابن فرحون بالعلم مع الورع^(٦) ، وقطع ابن أبي الدم بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة^(٧) ، ونقل

-
- (١) أدب القضاء الفقرة ١٩ ، وانظر بشأن رأي الشافعي : أدب القاضي للماوردي : ٦٣٧/١ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ٦٦ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم عليها : ١٠٧/١٠ .
- (٢) حاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، تبصرة الحكام : ٢٧/١ .
- (٣) المغني (مكتبة الرياض) : ٤١/٩ ، الاحكام السلطانية لابن يعلى الحنبلي : ٤٦ .
- (٤) فتح القدير : ٤٥٤/٥ ، معين الحكام : ١٥ .
- (٥) المحلى (مكتبة الجمهورية) : ٥٠٩/١٠ ، الفقرة : ١٧٧٩ ، وانظر تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم : ١٠٧/١٠ ، وما بعدها ، وحاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، فتح القدير : ٤٥٤/٥ .
- (٦) تبصرة الحكام : ٢٧/١ .
- (٧) أدب القضاء ، الفقرة : ٢١ .

عن جماعة من الفقهاء الشافعية استبعادهم حصول الاجتهاد المطلق في شخص من الاشخاص (٨) .

وزهب جمهور الحنفية (٩) ، وبعض متأخري المالكية (١٠) الى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ، ويحكم بفتوى غيره .

وأراء الفقهاء على اختلافها في هذه المسألة يمكن تصنيفها الى مذهبين عموما :

الأول : اشتراط الاجتهاد في القاضي (على اختلاف في درجات العلم المعتبرة في أهلية القضاء واختلاف صفات القاضي فيها هل يكون مجتهدا مطلقا أو مقيدا) وهو رأي جمهور الفقهاء .
الثاني : عدم اشتراط الاجتهاد فيه ، وهو رأي جمهور الحنفية وبعض متأخري المالكية .

مذهب الجمهور ودليله :

فأما مذهب الجمهور فقد اشترطوا فيه أن يكون القاضي مجتهدا ، ومن ثم لا يصلح العامي الجاهل لأن يكون قاضيا ، ولا يجوز تقليده ، وإذا قلد القضاء ففرضه نقض قضاؤه .
وقد استدلووا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والعقل :
فأما الكتاب :

(٨) أدب القضاء ، الفقرة : ٢٠ .

(٩) بدائع الصنائع : ٤٠٧٩/٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٠٧/٣ ، مجمع

الأنهر : ١٥٤/٢ ، وفتح القدير : ٤٥٤/٥ ، رد المحتار : ٣٦٥/٥ .

(١٠) حاشية الدسوقي : ١٢٩/٤ ، بداية المجتهد : ٤٢١/٢ .

فَقَدْ قَالَ تَعَالَى : « وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ
اللَّهُ » (١١) .

والجاهل لا يستطيع أن يحكم بما أنزل الله ، لأنه لا يعلمه .
وأما السنة :

فما روى عن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
« القضاة ثلاثة ، اثنان في النار ، وواحد في الجنة : قاض عرف الحق
نفضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف
الحق فجار فهو في النار » (١٢) .
وأما العقل :

فلا شك أن المالم أفضل من الجاهل لقوله تعالى : « هل يستوي
الذين يعلمون والذين لا يعلمون » (١٣) .

فإن كان جاهلا بما لا يجوز الحكم الا به ، فلا يحل له أن يشاور
من يرى أن عنده علما ، ثم يحكم بقوله ، لأنه لا يدري أفتاه بحق أم
بباطل ، وقد قال تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » (١٤) فمن أخذ

(١١) المائدة : ٤٩ .

(١٢) حديث « القضاة ثلاثة ٠٠٠ » رواه أبو داود في الأقضية عن بريدة
ابن الحصيب ، وقال : هذا أصبح شيء فيه (سنن : ٢٩٩/٣ رقم
٣٥٧٣) وانظر جامع الأصول : ٥٤٥/١٠ رقم ٧٦٣٣ ، رواه ابن
ماجة في الاحكام (سنن : ٧٧٦/٢ رقم ٢٣١٥ ، ورواه الحاكم في
الاحكام وصححه (المستدرک : ٩٠/٤) وقد ذكرنا طائفة ممن رووا
هذا الحديث في تعليقات الفقرة (٥) من كتاب أدب القضاء لابن أبي
الدم - فليلاحظ ذلك .

(١٣) الزمر : ٩ .

(١٤) الاسراء : ٣٦ .

بما لا يعلم فقد قفا ما لا علم له به ، وعصى الله عز وجل (١٥) .
مذهب الحنفية وبعض متأخري المالكية :

أما مذهب جمهور الحنفية وبعض متأخري المالكية فقد ذهبوا الى
أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا ، وأن الاجتهاد شرط الاولوية (١٦)
عندهم ، فيجوز أن يولى غير المجتهد ويحكم بفتوى غيره .

ودليلهم على ذلك أن الاجتهاد المطلق متعذر حصوله في شخص
واحد وفي زمن واحد ، وإذا تعذر وجوده كانت هناك ضرورة ، والضرورات
تبيح المحظورات ، والضرورات تقدر بقدرها ، فصح تقليد العامي على أن
يحكم بفتوى غيره ، ولأن اىصال الحق يحصل بالعمل بفتوى غيره .
الرأي الراجح :

ولا شك أن المذهب الأول هو الراجح ، لأن القاضي لا يستطيع
القضاء في مسألة وهو لا يعرف الحكم الشرعي فيها ، وفاقد الشيء
لا يعطيه .

ولأن من يكون كذلك لا يصلح للفتوى ، فلا يصلح للقضاء من باب
أولى ، لأن القاضي مفت وزيادة .
ثم انه حتى لو أفتاه غيره بالحكم ، فهو لا يعلم ان كان قد أفتاه بالحق
أو بالباطل .

لذلك نميل الى ترجيح قول من اشترط الاجتهاد في القاضي ، فان
كان اجتهادا مطلقا فهو الأولى ، والا فيشترط فيه الاجتهاد المقيد بمذهب
معين على الأقل .

(١٥) المحلى (مكتبة الجمهورية) ٥٠٩/١٠ الفقرة : ١٧٧٩ .

(١٦) حاشية رد المحتار : ٣٦٥/٥ .

الاجتهاد المطلق والمقيد :

والاجتهاد المطلق . كما عبر عنه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق
ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم : أن يكون القاضي عالما بالكتاب والسنة
والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولغات العرب •

فعلمه بالكتاب العزيز : أن يعلم الآيات المتعلقة بالاحكام ، ويعرف
ناسخه ومنسوخه ، وخاصة وعامة ، ومطلقه ومقيده ، ومحكمه ومجمله ،
ومبينه ومفصله •

وان يعلم من السنة ما يتعلق بالاحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصة
وعامة ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواتر منه والآحاد ،
والمستفيض والمرسل ، والمسند ، والمتقطع ، والمتصل ، وحال الرواة
وجرحهم وتعديلهم •••

ويعلم الاجماع ومسائله والاختلاف الواقع بين أهله •

ويكون عالما بالقياس وطرقه ، وأصله وفروعه ، وشروطه وما
يفسد به •

ويكون متمكنا من استنباط الأحكام ودركها ، واستخراجها من
أصولها ، عارفا بطريق النظر ، خيرا بالأدلة ومعانيها وطرقها ومبانيها ،
ونظمها ، ووضعها ، وأنواع الأقيسة ، وما يعتبر فيها •

ويكون عارفا بلسان العرب كالأمر والنهي ، والخبر والاستخبار ،
والوعد والوعيد ، والنداء ، وأقسام الاسماء والأفعال والحروف ، وما
لا بد منه في فهم معاني كلام الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به
الرسول صلى الله عليه وسلم بلغة العرب من الفاظه (١٧) •

(١٧) أدب القضاء لابن أبي الدم ضمن الفقرة ١٩ ، وانظر هذه المعاني في
أدب القاضي للماوردي : ٦٣٧/١ والاحكام السلطانية : ٦٦ •

وهذا بلاشك اذا توفر كان خير من يقوم بمهمة القضاء ، وهو محل اتفاق بين الفقهاء جميعا •

ولكن ذلك عزيز نادر ، بل هو كما يقول الشيخ القفال لا يوجد (١٨) •

ثم قال القاضي شهاب الدين ابن أبي الدم « ان هذه الشروط يعز وجودها في زماننا في شخص من العلماء بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق ، هذا مع تدوين العلماء كتب التفسير والسنن والأقيسة والأصول والفروع والبحث عن أحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم حتى ملأ العلماء الماضون الأرض من مصنفات صنفوها وابتدعوها ، وسهل على الفقيه المتأخر تناول ذلك وحفظه ، ودرك الاحكام منه ، ومعرفته ، بحفظ ما تب عليه من تقدم •

ومع هذا فليس يوجد في صقع من الاصقاع مجتهد مطلق ، بل ولا مجتهد في مذهب امام واحد تعتبر أقواله وجوها مخرجة في مذهب امامه ، (١٩) •

فاذا كان الأمر كذلك فإن ابن أبي الدم يرى أن الاجتهاد المطلق والمقيد ، انما كان يشترط في الزمن الأول ، الذي ما يعرى فيه كل اقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فأما في زماننا هذا ، (أي زمن المؤلف) وقد خلت الدنيا منهم ، وشفر الزمان عنهم ، فلا بد من جزم القول والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة ، وهو أن يكون عارفا بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقواله المخرجة

(١٨) المرجع نفسه الفقرة : ٢٠ •

(١٩) أدب القضاء الفقرة : ٢٠ •

وأقاويل أصحابه ، علما بذلك ، جيد الذهن ، سليم الفطرة ، صحيح الفكر ، حافظا للمذهب ، وصوابه أكثر من خطئه ، مستحضرا لما قاله أئمنه ، قادرا على استخراج المعاني المفهومة من الالفاظ المنقولة عارفا بطرق النظر ، وترجيح الأدلة ، قياسا ، فهما فطنا ، قادرا على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها ، وإقامتها على الاحكام المختلف فيها ، متمكنا من ترجيح والادلة بعضها على بعض .

فالمتصف بهذه الصفات هو الذي تصحّ توليته القضاء في رأي ابن أبي الدم وأضاف : ولا أقل من ذلك . ويجب القطع بنفوذ احكامه ، وصحة تقليده ، وقبول فتواه في هذا الزمن الذي يعز فيه وجود مثل من هذه صفة (٢٠) .

وبهذا يكون رأي القاضي ابن أبي الدم ممثلا للرأي الراجح في نظرنا والله أعلم .

(٢٠) أدب القضاء ضمن الفقرة : ٢١ .

الفصل الثالث

قضاء القاضي بعلمه

عقد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم فصلاً في القضاء بالعلم ، ذكر فيه أن هناك بعض المسائل يقضى فيها القاضي بعلمه وان هناك بعضاً آخر منها لا يقضى فيها بعلمه .
ومسألة قضاء القاضي بعلمه من المسائل الخلافية بين الفقهاء التي كثر فيها الكلام وتشعبت فيها التفريعات نستطيع أن نبوها عموماً الى أربعة أقوال^(١) ، وان كان هناك اختلاف في التفريعات :

١ - القول الاول :

لا يحكم القاضي بعلمه في حد ولا في غيره قبل الولاية ولا بعدها

- (١) انظر اختلافهم في ذلك في المفتى (ط مكتبة الجمهورية) : ٥٣/٩ (وط : المنار) : ٤٠٠/١١ ، والشرح الكبير : ٤٠٠/١١ ، تبصرة الحكام : ٢٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٥٨/٤ ، معين الحكام : ١١٩ ، الفتاوى الهندية : ٣٣٨/٣ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الصدر الشهيد ابن مازة البخاري : ٩٤/٣ ، الفقرة : ٦٣٣ ، مختصر المزني : ٢٤٦/٥ ، الأم : ٢٢٣/٦ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الأم) : ١٠٣/٧ ، أدب القاضي للماوردي : ٣٧٠/٢ ، رقم الفقرة ٣٥٥٥ ، تاريخ قضاة الاندلس للنباهي : ١٩٠ ، جواهر العقود : ٣٦٤/٢ ، المدونة : ١٤٨/٥ ، بداية المجتهد : ٤٥٨/٢ ، أخبار القضاة : ٣٥٩/٢ ، المحلى : (ط : المنيرية) : ٤٢٦/٩ ، الفقرة ١٧٩٦ ، والمحلى (ط : مكتبة الجمهورية) : ٦٢٠/١٠ ، الفقرة ١٨٠٠ ، القضاء في الاسلام لمذكور : ٩١ ، النظام القضائي في الاسلام : ١٩٠ ، نيل الاوطار : ٥٤٩/٨ .

الا ما يجرى أمامه في مجلس القضاء •
وهو قول شريح والشمعي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ، وهو أحد
قولي الشافعي ورواية عن أحمد •

٢ - القول الثاني :

وهو جواز قضاء القاضي بعلمه في ما سوى الحدود ، وهو قول
الصاحبين من الحنفية والرواية الثانية عن أحمد والقول الثاني للشافعي
واختيار المزني من الشافعية •

٣ - القول الثالث :

وهو أن ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه بعلمه ، أما ما كان
من حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته
حكم به ، وهو قول الامام أبي حنيفة •

٤ - القول الرابع :

وهو أنه فرض على القاضي أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص
والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم بذلك قبل ولايته أو بعد
ولايته ، وهو مذهب ابن حزم •

أدلة هذه الأقوال :

استدل كل جماعة بأدلة ، نعرضها في ما يلي ، ثم نتبها بالترجيح :

١ - أدلة القول الأول :

استدل القائلون بمنع القاضي من القضاء بعلم نفسه في الحدود
وغيرها سواء علم ذلك قبل الولاية أو بعدها الا ما يجرى أمامه في مجلس
القضاء بأدلة منها حديث أم سلمة المتفق عليه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال :

« انما أنا بشر ، وانكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع منه ... » (٢) .

فدل على أنه انما يقضى بما يسمع لا بما يعلم .
ومنها حديث وائل بن حجر المتفق عليه أيضا في قصة الحضرمي والكندي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « شاهدك أو يمينه ليس لك منه الا ذاك » (٣) فنفى ما عدا ذلك .

ومنها ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدي ، فقال : ان شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد (٤) .

ومنها ما ذكره ابن عبد البر في كتابه عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الأرض ثم قال : « اني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيت أرضيتهم ؟ » قالوا : نعم فصعد النبي صلى الله عليه وسلم فخطب وذكر القصة ، وقال : « أرضيتهم ؟ » قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل النبي صلى الله عليه

(٢) حديث : « انما أنا بشر ... » متفق عليه من حديث أم سلمة ، ورواه أيضا مالك والترمذي وأبو داود (انظر جامع الأصول : ٥٥٣/١٠ رقم ٧٦٥٥) .

(٣) حديث : « شاهدك أو يمينه ... » متفق عليه من حديث وائل ، انظر نصب الراية : ٩٤/٤ ، وتلخيص الحبير : ٢٠٨/٤ ، رقم ٢١٣٧ ، قلت : ورواه الترمذي (السنن : ٣٩٨/٢ رقم ١٣٥٥) .

(٤) المغنى (ط : الرياض) ٥٥/٩ ، المحلى (نشر مكتبة الجمهورية) : ٦٢٦/١٠ .

وسلم فأعطاهم ، ثم صعد فخطب الناس ثم قال : « أَرْضَيْتُمْ ؟ » قالوا : نعم (٥) .

وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

ومنها ما روى عن أبي بكر الصديق أنه قال : لو رأيت حدا على رجل لم أحده حتى تقوم اليانة (٦) .

وقد أثر عن كثير من التابعين أنهم لا يحكمون بعلمهم .

ومنها أنهم قالوا : ان تجوز القضاء بعلمه يفضى الى تهمة بأن يحكم بما يشتهى ثم يحيله على علمه .

٢ - أدلة القول الثاني :

واستدل القائلون بجواز قضاء القاضي بعلمه في ما سوى الحدود بأدلة منها :

ما روى عن حديث عائشة أن الرسول صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٧) .

(٥) المغنى (ط : الرياض) : ٥٥/٩ .

(٦) المرجع نفسه وانظر المحلى : ٦٣٥/١٠ .

(٧) حديث عائشة في قصة هند وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لها « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه رواه البخاري في البيوع (صحيح البخاري : ١٧/٢) والنفقات (صحيح البخاري : ١٩٠/٣) ومسلم في الأقضية (صحيح مسلم : ١٣٣٨/٣ رقم ١٧١٤) وانظر صحيح مسلم بشرح النووي : ٧/١٢ ، ورواه النسائي (سنن ٢١٦/٨) وابن ماجه (سنن ٧٦٩/٢) والبيهقي (السنن الكبرى : ١٤٢/١٠) ، وانظر تخريجه في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ضمن تعليقات الفقرة ١٢٤٥ .

فحكم لها من غير بينة ولا اقرار لعلمه بصدقها •

ومنها ما روى ابن عبد البر في كتابه أن عروة ومجاهدا روي أن رجلا من بني مخزوم استعصى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا وقال عمر : اني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت انا وانت فيه ونحن علمان ، فأتني بأبي سفيان ، فأتاه به فقال له عمر يا أبا سفيان انهض بنا الى موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا ، فقال : والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة ، وقال : خذه لا أم لك فضعه ههنا ، فانك ما علمت ، قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم ان عمر استقبل القبلة ، فقال : اللهم لك الحمد ، حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأدللته لي بالاسلام ، قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد ، اذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الاسلام ما أذل به لعمر •

قالوا : فحكم بعلمه عليه •

ومنها انهم قالوا : ان الحاكم يحكم بالشاهدين وقولهما ليس يقينا ، بل يؤدي الى غلبة ظن ، فما تحققه بعلمه وقطع به كان أولى •
ومنها أنهم قالوا انه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، وكذلك في ثبوت الحق قياسا عليه (٨) •

٣ - أدلة القول الثالث :

واستدل الامام أبو حنيفة في أن ما كان من حقوق الله لا يحكم فيها

(٨) انظر هذه الأدلة في المغنى (ط : الرياض) ٥٤/٩ •

بعلمه بأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة .

وأما حقوق الآدميين ، فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه في ولايته حكم به ، فلأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته^(٩) .

٤ - أدلة القول الرابع :

استدل ابن حزم على رأيه الذي ذهب فيه الى أنه « فرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء ، والقصاص ، والأموال ، والفروج ، والحدود وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته »^(١٠) بأن علم القاضي المتيقن أقوى الأدلة ، قال : « وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ، ثم بالافرار ، ثم بالينة »^(١١) .

ويستدل ابن حزم كذلك بأنه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بينتك أو يمينه »^(١٢) قال : ومن الينة التي لا بينة ايمن منها صحة علم الحاكم بصحة حقه ، فهو في جملة هذا الخبر^(١٣) .

(٩) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٤٣٨ - ٤٣٩ ، وقابل ذلك بما فيه في ٤٢٣/٥ ، وقد لخص ذلك ابن قدامة في المغنى (ط : الرياض) : ٥٤/٩ .

(١٠) المحلى (ط : مكتبة الجمهورية) : ٦٢٥/١٠ ، الفقرة : ١٨٠٠ .

(١١) المرجع نفسه .

(١٢) حديث « بينتك أو يمينه » هو أحد ألفاظ حديث « شاهدك

أو يمينه » الذي رواه البخاري ومسلم في القضاء عن وائل بن حجر

(نصب الراية : ٩٤/٤) وانظر تلخيص الجبير : (٢٠٨/٤ رقم

٢١٣٧) .

(١٣) المحلى : ٦٢٩/١٠ .

وقال تعالى :

« كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ » (١٤) .

وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وأن يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة الحاكم والاقرار بالظلم والطلاق ، ثم يكون الحاكم يقره مع المرأة ، ويحكم لها بالزوجة والميراث ، فيظلم أهل الميراث حقهم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« من رأى منكم منكرا فليغيره بيده . . . » .

والحاكم ان لم يغير ما رأى من المنكر حتى تأتي اليئنة على ذلك ، فقد عصى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فصح أن فرضا عليه أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطى كل ذي حق حقه ، والا فهو ظالم (١٥) .

ورد على أبي حنيفة في أنه يفرق بين الحدود وغيرها ويفرق بين ما علمه قبل ولايته القضاء أو في ولايته ، بأن ذلك قول لا يعضده قرآن ولا سنة ولا رواية سقيمة ولا قياس وما كان كذلك فهو باطل (١٦) .

ورد على من استدل بأن ذلك مأثور عن بعض الصحابة بأنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٧) .

ورد على ما استدلوا به من قول النبي صلى الله عليه وسلم « شاهدك

(١٤) النساء : ١٣٥ .

(١٥) المعلى : ٦٢٩/٩ - ٦٣٠ .

(١٦) المرجع نفسه : ٦٢٧/٩ - ٦٢٨ .

(١٧) المرجع نفسه : ٦٢٨/٩ .

أو يمينه ليس لك منه الا ذاك ، بأنهم خرجوا عليه فجعلوا للقاضي أن
يقضى باليمين مع الشاهد ، واليمين مع النكول وليس هذا مذكورا في
الخبر (١٨) .

فضلا عن أنهم جعلوا للقاضي اذا علم بجرحه الشهود ولم يعلم ذلك
غيره ، أو علم كذب المجرحين (أي المزكين) أن يحكم بعلمه في ذلك ،
وهذا يدل على تناقض قولهم .

وهكذا يأخذ في مناقضة الأدلة التي تمسك بها سواء (١٩) .

القول الرابع :

ومما تقدم نعلم أن المسألة اجتهادية تتجاذبها أطرافها .
ولئن كان واجبا على المكلف - سواء كان قاضيا أو غيره - أن يعمل
بما يأمر به الله من اظهار الحق والوقوف في وجه النكر فان الفقهاء
التأخرين (٢٠) مالوا الى أن القاضي ينبغي أن لا يقضى بعلمه في جميع

(١٨) المرجع نفسه : ٦٢٨/٩ .

(١٩) المرجع نفسه : ٦٣٠/١٠ .

(٢٠) نقل صاحب الدر المختار عن الاشياء ان المعتمد في زمانه عدم حكمه
بعلمه ، فانظر قوله وتعليق ابن عابدين في رد المحتار عليه : ٤٣٩/٥ ،
وانظر نيل الأوطار : ٥٩٤/٨ ، ولسان الحكाम : ٦ والمغني (ط) :
الرياضي : ٥٥/٩ . القضاء في الاسلام لمذكور : ٩٣ ، التنظيم
القضائي الاسلامي لعبد الرحمن عبد العزيز القاسم : ٣٧٥ ، الوسيط
للسنهوري : ٣٣/٢ ، وعلمه بأن علمه يكون دليلا فيحق للخصوم
مناقشته . وهذا لا يجوز ، وانظر أصول الاثبات : جميل بسبوني :
١٢٥ ونص فيه على أن المتأخرين من الفقهاء قد عدلوا عن قول
المتقدمين واجمعوا على الفتوى بخلافه (أي بمنع حكمه بعلمه) لعله
واحدة هي فساد الزمان .

- الدعوى والصور ، لعلبة الفساد في هذه الصور وتطرق التهمة •
وهو الذي نرجحه •

قال الشوكاني :

« لا يقضى القاضي بما علم ، لوجود التهمة ، اذ لا يؤمن على التقى
أن تطرق اليه التهمة »^(٢١) ثم قال : « انه لو عمد الى رجل مستور ولم
يعهد منه فجور قط ان يرجحه ويدعى أنه رآه يزني ، أو يفرق بينه وبين
زوجته ، ويزعم أنه سمعه يطلقها ، او بينه وبين أمته ، ويزعم أنه سمعه
يعتقها ، فإن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاض السبيل لقتل عدوه أو تفسيقه
والفريق بينه وبين من يحب »^(٢٢) •

ولقد كانت كلمة الشافعي رائدة وهو في وقته حين قال :

- « لولا قضاة السوء لقلت أن للحاكم أن يحكم بعلمه »^(٢٣) •
فكيف لو كان في وقتنا هذا •

الى جانب ذلك نجد أن الفقهاء^(٢٤) تكلموا في حديث هند بأنه
مخرج مخرج الفتوى لا مخرج الحكم لأنه صلى الله عليه وسلم أفنى في
حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكما لما حكم عليه في غيبته •
وحديث عمر كان اتكارا لمنكر رآه لا حكما يحكم به ، لعدم وجود
الدعوى ولا الإنكار بالشروط المعروفة •

فترجح لدينا الرأي القائل بأنه لا ينبغي للحاكم أن يحكم بعلمه
فإذا علم شيئا يمس قضية ما كان له أن يشهد به أمام قاض آخر ، لئلا
يكون قاضيا وشاهدا بنفس الوقت ، فيعرض موقفه للتهمة ، والله أعلم •

(٢١) نيل الأوطار : ٥٤٩/٨ •

(٢٢) نيل الأوطار : ٥٤٩/٨ •

(٢٣) انظر أدب القضاء لابن أبي السم ضمن الفقرة ١٥٢ ، وتجد في
حاشيتها مطلق قول الشافعي •

(٢٤) المغني : (ط : الرياض) : ٥٥/٩ •

الفصل الرابع

القضاء على الغائب

الأصل في الدعوى أن يكون الخصم حاضرا هو أو نائبه ، فتجري المرافعة أمام القاضي ، فتوجه الخصومة اليه ، فيجيب عنها اقرارا أو انكارا ، أو سكوتا وقد يتطلب الأمر توجيه اليمين .

فإن غاب الخصم ، فهل يحق للقاضي أن يقضى عليه في غيابه ؟ .. ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم هذه المسألة التي يكثر وقوعها في المحاكمات وعقد لها فصلا^(١) منفردا في باب الدعاوى ، فذهب الى جواز سماع اندعوى على الغائب ، والحكم بها عليه ، وحدد الغيبة بمن كان على مسافة القصر فما فوقها^(٢) .

ومسألة القضاء على الغائب فوق مسافة القصر قد اختلف فيها فقهاء المذاهب على فريقين عموما ، وإن كانت هناك تفصيلات فيها عند كل مذهب :

فقد ذهب الحنفية^(٣) الى عدم جواز القضاء على الغائب ، وبهذا قال

-
- (١) هو الفصل الخامس من اتياب الثالث في كتابه أدب القضاء في الفقرة ٤٢٥ وما بعدها .
 - (٢) أدب القضاء ، الفقرة ٤٢٥ ، والفقرة ٤٣٢ .
 - (٣) انظر رأي الحنفية في مسألة القضاء على الغائب في مختصر الطحاوي : ٢٣٠ ، رد المحتار : ٤٠٩/٥ - ٤١٠ ، جامع الفصولين : ٣٩ ، معين الأحكام : ٥٣ ، ٦٠ ، المبسوط : ٩٥/١٦ ، الفتاوى الهندية : ٤٣٢/٣ ، بدائع الصنائع : ٣٩١٨/٨ ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام : ١٥٨/٤ ، المادة : ١٦١٨ .

شريح ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، ورواية عن أحمد^(٤) .
 وذهب الشافعية^(٥) ، والمالكية^(٦) ، والحنابلة^(٧) ، والظاهرية^(٨) ،
 الى جواز سماع الدعوى على الغائب والحكم عليه اذا كملت الشروط .
 ولكل فريق أدلة استدل بها على رجحان مذهبه سنذكرها ، وتتبعها
 بذكر الراجح منها :

أدلة المانعين من القضاء على الغائب :

وقد أستدل المانعون من القضاء على الغائب بالكتاب والسنة والعقل :

أما الكتاب :

فقوله تعالى :

« وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ »

-
- (٤) المغني (ط : الرياض) ١٠٩/٩ ، (وط : المنار) : ٤٨٥/١١ وعلى
 حاشيتها الشرح الكبير : ٤٥٥/١١ .
 (٥) انظر رأي الشافعية في الأم : ٢٢٢/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٥/٥ ،
 المهذب : ٣٠٤/٢ ، أدب القاضي للماوردي : ٣٠٤/٢ ، الفقرة
 ٣٢٠٠ ، جواهر المقود : ٣٦٠/٢ ، الفتاوى الكبرى للهيتمي :
 ٣٢٢/٤ ، الوجيز للغزالي : ٢٤٣/٢ .
 (٦) انظر تبصرة الحكام : ٨٦/١ ، بداية المجتهد : ٤٦٠/٢ ، مختصر
 خليل : ٢١٠ ، التاج والاكلیل : ١٤٣/٦ ، مواهب الجليل :
 ١٤٣/٦ ، حاشية المسوقي : ١٦٢/٤ .
 (٧) انظر قول الحنابلة في المغني (ط : الرياض) : ١٠٩/٩ ، وط :
 المنار : ٤٨٥/١١ ، والشرح الكبير على هامشها : ٤٥٥/١١ .
 (٨) المحلى (ط : المنيرية) : ٣٦٦/٩ ، وط : مكتبة الجمهورية :
 ٥١٥/١٠ ، الفقرة : ١٧٨٤ .

منهم مَعْرِضُونَ ، (٩) .

فدل هذا الذم على وجوب الحضور للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لما وجب الحضور ولما استحق الذم فدل على عدم جواز القضاء على الغائب .

وأما السنة :

فما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن ، وقال لي : « يا علي ان الناس سيتقاضون اليك فإذا أتاك الخصمان ، فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، وتعلم لمن الحق » قال علي : فما شككت في قضاء بعد (١٠) .

وما روى عن عمرو بن عثمان بن عفان قال :
أتني عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه ، فقال له عمر : تحضر خصمك فقال له : يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ؟ فقال له عمر : فلملك قد فقأت عيني خصمك معا ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معا ، فقال عمر : اذا سمعت حجة الآخر بان القضاء (١١) .
قالوا : ولا يعلم لذلك مخالف من الصحابة .

(٩) النور : ٤٨ .

(١٠) حديث علي : « ان الناس سيتقاضون اليك ٠٠٠ » رواه أبو داود في الأقضية (سنن : ٣٠١/٣ ، رقم ٣٥٨٢) ، والحاكم : (المستدرک : ٩٣/٤) ، والامام أحمد (المسند : ٩٠/١ ، ٩٦ ، ١١١ ، ١٤٩) وابن حبان (موارد الظمان : ٣٧٠ ، رقم ١٥٣٩) وغيرهم .

(١١) المحلى : ٥١٩/١٠ .

وأما العقل :

فإن حضور الخصم ليتحقق الإنكار شرط لصحة الحكم^(١٢) ، فإذا لم يحضر لم يصح الحكم .

أدلة المجيزين للقضاء على الغائب :

أما المجيزون للقضاء على الغائب ، فقد استدلوا أيضا بالكتاب والسنة والعقل .

أما الكتاب :

فقوله تعالى :

« يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ ، فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ » ،^(١٣) .

فقد أمره بالحكم بينهم بالحق ، والحكم بالحق لم يقيد بحاضر أو غائب فكان على عمومه .

وكذلك قوله تعالى :

« كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ » ،^(١٤) .
وقوله :

« وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ » ،^(١٥) .

وغير ذلك من النصوص جاءت دون تخصيص بحاضر دون غائب .

(١٢) رد المحتار : ٤٠٩/٥ .

(١٣) سورة ص آية ٢٦ .

(١٤) النساء : ١٣٥ .

(١٥) آل عمران : ٦٥ .

وأما السنة :

فحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان الذي روته عائشة ، أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت من ماله سرا فهل علي في ذلك من حرج ؟ فقال لها :

« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » (١٦) .

وهذا قضاء منه على غائب ، لان أبا سفيان لم يحضر .

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكم على الغائب كما حكم على العربيين الذين قتلوا الرعاء وسملوا أعينهم ، فأتبعهم بقائف ، وهم غيب ، حتى أدركوا ، واقتص منهم ، (١٧) .

وحكم على اهل خير وهم غُيِّبٌ ، بأن يقيم الحارثيون أولياء عبدالله بن سهل رضى الله عنه اليثة ، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من اهل خير ، ويسلم اليهم ، أو يؤدوا ديته ، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرؤوا (١٨) .

وقد تتبع ابن حزم بعض القضايا التي حصلت من الصحابة في القضاء على الغائب (١٩) .

كقضاء عمر وعثمان في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا ، ثم تزوج (٢٠) .

(١٦) حديث هند متفق عليه وقد مر تخريجه قبل قليل .

(١٧) المحلى : ٥٢٢/١٠ .

(١٨) المرجع نفسه .

(١٩) المرجع نفسه .

(٢٠) المرجع نفسه .

وكحكهم عمر في تحريق الخصى الذي اتخذه سبباً ليحتجيب عن الناس فيه (٢١) .

وغير ذلك وهو كثير .

فدل على حصوله من الصحابة بعد الرسول صلى الله عليه وسلم ، فسقط ما يدعون من أنهم لا يعلمون له مخالفاً في الصحابة .

وأما العقل :

فقد قال ابن حزم :

« وما ندري في الضلال أعظم من فعل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمداً ، أو خطأ ، أو أنه غصب هذه الحرة ، أو تملكها أو أنه طلق امرأته ثلاثاً ، أو أنه غصب هذه الأمة من هذا ، أو تملك مسجداً ، أو مقبرة ، فلا يلتفت الى كل ذلك وتبقى في ملكه الحرة والفرج الحرام ، والمال الحرام ، الا ان هذا هو الضلال المبين ، والجور المتيقن والفسق المتين والتعاون على الاثم والعدوان ... » (٢٢) .

الترجيح :

والذي يبدو لنا من الأدلة رجحان الرأي القائل بجواز القضاء على الغائب لأمر :

منها أن أدلة المجيزين أقوى وأظهر في الدلالة ، ذلك أنه ليس من الحق أن تقوم اليينات الصادقة عند حاكم بأن فلانا الغائب اغتصب هذه العين أو طلق هذه المرأة باثماً ، وتبقى بعد ذلك في عهده فهو مال حرام

(٢١) المرجع نفسه .

(٢٢) المرجع نفسه ٥٢١/١٠ .

وفرج حرام وقد أمر الحاكم كشأن كل مسلم بأن يغير المنكر بيده إذا رآه ،
لا سيما أنه قد قطع به بوجود اليئات وحصول العلم اليقيني •

ومن جهة أخرى نجد أن المانعين من القضاء على الغائب من الحنفية
قد أجازوا القضاء على الغائب في بعض المسائل^(٢٣) لا سيما إذا اتصل ذلك
بحاضر ، وهذا تناقض منهم •

هذا الى جانب ما يفيد حديث على من المعاني التي قد تفهم منه :

ففيه ما يفهم بأنه لا يقضى على خصم حاضر دون سماع حجته •

أو أن لا يتمجّل بالحكم على الحاضر قبل استفاد حجته •

كل ذلك توجيه لفظة (أذاك الخصمان) •

أو أن لا يقضى على حاضر أو غائب بقول خصمه فقط ، ولكن بالذي
أمر الله به من البينة العادلة ، أو الإقرار •

هذا الى جانب ما طعن به ابن حزم^(٢٤) في ما رووه من قول عمرو بن
عثمان بن عفان عن عمر (ولم يولد عمرو إلا ليلة موت عمر) ففي الخبر
ضعف لا يخفى •

ثم أنه حتى لو ثبت هذا الخبر فقد ثبت عن عمر وعن غيره من

(٢٣) ذكر صاحب الدر المختار نقلا عن المجتبى أنها تسع وعشرون مسألة ،
فانظر تلك المسائل في حاشية رد المحتار عليه (ط : ٢) : ح ٥
ص ١٤١ - ٤١٢ ، وكذلك تجدها في الفتاوى الهندية : ٤٣٣/٣
وما بعدها •

(٢٤) المحلى : ٥٢٠/١٠ •

الصحابة أنهم قد قضوا على الغائب ، فلم يتم لهم ما قالوه بأنه لا يعرف له
مخالف •

فظهر بذلك رجحان القول بجواز القضاء على الغائب وهو الذي سار
عليه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم (٢٥)
والله أعلم بالصواب •

★ ★ ★

(٢٥) أدب القضاء الفقرة : ٤٢٥ وما بعدها •

الفصل الخامس

القضاء بالشاهد واليمين

ذكر القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم القضاء بالشاهد واليمين ضمن طرق الاثبات ، وجعله في المرتبة الثالثة من مراتب الشهادات التي جعلها على أربع مراتب^(١) هي :

١ - ما لا يثبت الا بأربعة شهود وهو الزنا بعينه .

٢ - ما لا يثبت الا بعدلين ذكرين ، وهو ما سوى الأموال ، كالقصاص ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والوديعة ، والعق ، والاستيلاء ، والكتابة ، والوصاية ، والمفو عن القصاص والجرح وغير ذلك .

٣ - ما يثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين وهي الاموال وحقوقها كالاقارب والقروض والاتلافات وغير ذلك .

٤ - ما يثبت بشهادة أربع من النسوة منفردات ، وبرجل وامرأتين ، وهو البكارة ، وعيوب النساء في أبدانهن ، والرضاع والولادة .

ومسألة القضاء بالشاهد واليمين من المسائل الخلافية بين الفقهاء انقسموا فيها الى فريقين^(٢) : فريق يرى جواز القضاء بهما وآخر يمنع منه .

(١) انظر الفصل الخامس من الباب الرابع من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، الفقرة : ٦٨١ وما بعدها .

(٢) انظر اختلافهم في ذلك في : الأم : ٢٧٣/٦ ، مختصر المزني :

فقد ذهب جمع من الصحابة ، منهم أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي رضي الله عنهم ، وهو قول الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبدالعزيز ، والحسن ، وشريح ، وإياس ، وعبدالله بن عتبة ، وأبي سلمة بن عبدالرحمن ، ويحيى بن يعمر ، وربيعة ، وابن أبي ليلى ، وأبي الزناد ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وابن حزم ، الى أن اليمين مع الشاهد طريق من طرق الاثبات ، يجوز القضاء بها .

وذهب الشعبي ، والنخعي ، والأوزاعي ، والحكم ، وفقهاء الكوفة ، والليث بن سعد ، وأبو حنيفة وأصحابه ، الى عدم اعتبار اليمين مع الشاهد طريقا من طرق الاثبات ، فلا يجوز القضاء بها .

أدلة القولين :

استدل كل فريق بأدلة ترجح ما يقوله ، نمرضاها في ما يأتي ثم نقب عليها بيان الراجح منها :

أدلة المجيزين للقضاء باليمين مع الشاهد :

استدل المجيزون للقضاء باليمين مع الشاهد بالسنة ، والاجماع ،

٢٥٠/٥ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني وابن قاسم : ٢٥١/١٠ ، أدب القاضي للماوردي (تحت الطبع) ج ٣ الفقرة ٤٠٩٧ وما بعدها ، المفتى (الرياض) ١٥١/٩ ، وما بعدها . المحلى : (ط : مكتبة الجمهورية) ٥٨٣/١٠ ضمن الفقرة ١٧٩٠ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة البخاري : ١٢٣/٣ ، الفقرة : ٦٤٥ ، رد المحتار : ٤٠١/٥ ، حاشية الدسوقي : ١٨٧/٤ ، الطرق الحكمية : ١٤٢ ، نيل الأوطار : ٥٤٠/٨ ، أحكام القرآن للجصاص : ٥١٤/١ ، جامع الأصول : ٥٥٥/١٠ ، نصب الرأية : ٩٦/٤ ، كتاب من طرق الاثبات في الشريعة والقانون للدكتور أحمد البهي : ٢١ ، اصول الاثبات لجميل بسيوني : ص ٨٩ ، القضاء في الاسلام المذكور : ٨٣ ، النظام القضائي الاسلامي : ٣٦٥ .

والاستدلال :

أما السنة :

فأحاديث كثيرة جدا وردت في أنه صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد ، من بينها ما رواه الامام مسلم في صحيحه وأحمد وأبو داود وابن ماجه وغيرهم عن ابن عباس وغيره (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد) (٣) .

وأما الاجماع :

فقد أثر عن كثير من الصحابة العمل به ولم يعرف له مخالف ، فيكون اجماعا سكوتيا على جواز القضاء به .

وأما الاستدلال :

فقد قالوا : « ان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد ، لقوة جنبته بها ، وفي حق المنكر ،

(٣) حديث ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » رواه الامام مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه (صحيح مسلم : ١٣٣٧/٣ . رقم ١٧١٢) وانظر صحيح مسلم بشرح النووي : ٣/١٢ - ٤ ، ورواه أبو داود في كتاب الأقضية من سننه (سنن : ٣٠٨/٣ رقم ٣٦٠٨) وابن ماجه في الاحكام (سنن : ٧٩٣/٢ رقم ٢٣٧٠) وابن الجارود في المنتقى (ص ٣٣٥ رقم ١٠٠٦) والبيهقي في السنن الكبرى : (١٠٦/١٠) والدارقطني (سنن : ٢١٤/٤) والشافعي (الأم : ٢٧٣/٦ ، مسند الشافعي : ١٥٦/٦ ، مختصر المزني : ٢٥٠/٥) ، والترمذي : (سنن : ٣٩٩/٢ رقم ١٣٥٨) وانظر جامع الاصول ١٠/٥٥٥ رقم : ٧٦٥٩ وما بعدها (وموطأ مالك (في صلب تنوير الحوالك : ١٠٨/٢) والمطالب العالية : ٢٥٢/٢ رقم ٢١٤٠ ، وانظر نصب الراية ٩٦/٤ - ١٠١ ، مجمع الزوائد : ٢٠٢/٤ ، وقد عقد الماوردي في أدب القاضي من الحاوي بابا في الأقضية واليمين

لقوة جنبته ، فإن الأصل براءة ذمته ، والمدعى هنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ، (٤) .

أدلة المانعين من القضاء باليمين مع الشاهد :

وقد استدل المانعون من القضاء باليمين مع الشاهد بالكتاب والسنة والمقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » ، (٥) .

فنص الكتاب على رجلين ، ثم على رجل وامرأتين عند عدم وجود الرجلين ولم تنص الآية على الشاهد واليمين فيكون ذلك زيادة على النص ، والزيادة على النص نسخ ، وخبر الواحد لا ينسخ الكتاب .

وأما السنة :

فأحاديث منها قوله : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ، (٦) .

مع الشاهد عرض فيه لكثير من الأحاديث في هذا الشأن فانظر ج ٣ منه (تحت الطبع) الفقرة ٤٠٩٧ وما بعدها وقد قمنا بتخريجها مفصلاً .

(٤) المغني : ١٥٢/٩ .

(٥) البقرة : ٢٨٢ .

(٦) حديث « البينة على المدعى » متفق عليه من حديث ابن عباس ، رواه البخاري في تفسير آل عمران (صحيح البخاري : ٧٣/٣) ومسلم في الأقضية (صحيح مسلم : ١٣٣٦/٣ رقم ١٧١١) ورواه غيرههما . انظر جامع الأصول : (١٠/٥٥٤ رقم ٧٦٥٨) .

فقد حصر الحديث جنس الينات في جانب المدعى ، وجنس اليمين في جانب المدعى عليه ، يفهم ذلك من الألف واللام التي في الينة ، وفي اليمين ، فقد أفادت الجنس في كل منهما على وجه حصر المبتدأ في خبره .
هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ذكر الحديث طريقين فقط لفصل الخصومة هما الينات في جانب المدعى واليمين في جانب المدعى عليه ، والشاهد واليمين ليسا ينة ولا يمين المدعى عليه فيكون العمل بهما اثباتا لطريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث المشهور ، (٧) .

وكذلك في حديث « شاهدك أو يمينه » خير الرسول صلى الله عليه وسلم المدعى بين أمرين ، والتخير يمنع تجاوزهما والشاهد واليمين ليسا واحدا منهما حتى يقتضى بهما فيكون ذلك مخالفا لأمره صلى الله عليه وسلم .

وأما العقول :

فانهم قالوا : ان اليمين مع الشاهد عند المجيزين لها بمثابة الشاهد الثاني ، فإذا كان كذلك فلما لم يصح تقديمها كأحد الشاهدين على الآخر لم يصح أن تكون قائمة مقامه (٨) .
ثم قالوا فضلا عن أن الأحاديث التي تمسك بها المجيزون لا ترتى الى أن تكون دليلا لجواز القضاء باليمين مع الشاهد لضعفها .

-
- (٧) انظر المبسوط للسرخسي : ٣/١٧ ، تبين الحقائق للزيلعي : ١٩٣/٤ . رد المحتار : ٤٠١/٥ ، من طرق الاثبات للبهي : ٢٤ .
(٨) انظر بالتفصيل كتاب : من طرق الاثبات للدكتور البهي ص ٢٥ ، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية تأليف مجيد حميد سماكية : ص ١٨ .

الترجيح :

والذي يبدو من مراجعة الأدلة للفريقين ترجيح قول المجيزين للقضاء بالشاهد الواحد مع اليمين ، وذلك لاسباب :

١ - ان أحاديث القضاء باليمين مع الشاهد قد اضيف الى صحة بعضها وسلامته من الضعف كثرة طرفها ، بل بلغت كما يقول السيوطي متابعا لليهقي وابن الجوزي وغيرهما حد التواتر ، لروايتها عن أكثر من عشرين صحابيا^(٩) .

وهذا يؤخذ منه ثبوت قضائه صلى الله عليه وسلم بالشاهد واليمين أولا ، ويجعل هذه الاحاديث ليست من أخبار الآحاد كما يزعمون .

٢ - ان أحاديث القضاء باليمين مع الشاهد لم تنسخ شيئا من القرآن^(١٠) ، ولم ترفع حكما من أحكامه ، فلم ترفع الحكم بالشاهدين ولا الحكم بالشاهد والمرأتين ، بل أفادت حكما يعمل به مع عدم معارضته لما جاء في الآية الكريمة .

وكثيرا ما تأتي السنة المطهرة لتبين أحكاما كثيرة لم يتعرض لها الكتاب كالتهمي عن الوصية لوارث ، وعن نكاح المرأة على عمتها .

فإذا سلمنا أن الزيادة نسخ كما يقول المانعون فإن المانعين منه لم يلتزموا بذلك بل خالفوه في القضاء بالنكول مثلا وهو لم يوجد في النص ، وفي منع التوارث بين المسلم والكافر ، وغير ذلك .

(٩) انظر الازهار المتناثرة في الاحاديث المتواترة : ص ٣٥ رقم ٩٣ ، وانظر نظم المتناثر في الحديث المتواتر للكتاني : ١٠٩ ، وانظر تحفة المحتاج : ٢٥١/١٠ .

(١٠) المغني : ١٥٢/٩ ، من طرق الاثبات : ٣١ ، أصول الاثبات : ٩١ .

٣ - وما استدلوا به من حصر اليانة في جانب المدعى واليمين في جانب المدعى عليه ، وان الشاهد واليمين ليسا يانة ولا يمين المدعى عليه ، وهو مخالف للحديث المشهور •

فعلى فرض تسليم افادة الحديث ذلك فان العمل بالشاهد واليمين لا يكون اثباتا لطريق ثالث ، بل هما بمجموعهما نوع من اليانة •

ولا يعارض هذا ان اليمين في جانب المدعى عليه ، لان اليمين التي في جانب المدعى عليه تفصل في الخصومة بمفردها ، اما هذه اليمين فلا تفصلها بمفردها ، بل يفصل بها مع الشاهد ، وبمجموعهما يفصل الحكم لا بواحد منهما ، فهي تختلف عن يمين المدعى عليه قطعا^(١١) •

٤ - واما ما استدلوا به من أن اليمين مع الشاهد هي بمثابة الشاهد الثاني فلما لم يصح تقديمها على الشاهد سقط اعتبارها قائمة مقام الشاهد ، فاليمين هنا انما لم تقدم على الشاهد لأنها انما أتت بها لتقوية جانب الشاهد ، وليس لمجيئها قبله قوة ، فلا تدخل ولا تشرع^(١٢) •

كل ذلك يرجع في نظرنا أدلة القائلين بجواز القضاء باليمين مع الشاهد ، وهو ما ذهب اليه القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم ، والله اعلم •

(١١) انظر ذلك بتفصيل في كتاب من طرق الاثبات للدكتور البهي :

٣٣ - ٣٤ •

(١٢) من طرق الاثبات ص ٣٥ ، كتاب المغنى ١٥٢/٩ •

الفصل السادس

القضاء بالنكول

النكول في اللغة :

مصدر نكل ينكل نكولا خاف وجبن ونكص ، فكان المدعى عليه اذا وجهت اليه اليمين وخشى عاقبة الحلف بها هابها ، فهذا هو النكول ، والناكل الجبان الضعيف^(١) .

اما في الاصطلاح :

فهو امتناع المدعى عليه من اليمين اذا وجهت اليه^(٢) .

هل يكفي النكول وحده في الحكم على الناكل :

اذا توجهت اليمين على شخص فنكل عنها ، بأن امتنع منها ، أو قال : أنا ناكل ، أو لا أحلف ، أو سكت وكرر عليه القاضي مرارا سؤاله بأن يحلف ، فلم يحلف فهل يكون ذلك الامتناع وحده كافيا في الحكم عليه ؟ على معنى أن النكول يعتبر اقرارا منه بالشيء ، فيصح حينذاك أن يكون حجة في الحكم ؟ أم أنه لم يكن متحضا في ذلك ؟

والحق أن النكول في حقيقته قد يكون كذلك وقد يكون مبررا عن معان أخرى كأن يكون الشخص متعبا متورعا عن اليمين ، أو قد يكون مشتتبا ، لأن الأمر فيه تعامل وحساب مضى عليه وقت طويل ، فلأجل ذلك لا يصح أن يكون حجة في الحكم .

(١) مادة : نكل في اللسان ٦٧٧/١١ ، والتاج : ١٤٥/٨ .

(٢) انظر أصول الاتبات : ١١٩ .

ومن هنا اختلف الفقهاء في النكول مع ما ثبت فيه من الآثار .

وقد ذهب القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم الى أن النكول وحده غير كاف في الحكم على الناكل ، بل يجب أن ترد اليمين على المدعى ليحلف فيستحق ما أدعى (٢) .

وهو قول الشافعية (٤) ، والمالكية (٥) واحدى الروايتين عن أحمد (٦) ، وهو مروي عن كثير من الصحابة ، منهم : عمر ، وعلي ، وبه قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين (٧) .

وقال الحنفية (٨) - وهو الرواية الثانية عن أحمد (٩) ، وبه قضى عثمان : ان النكول كاف في القضاء عليه ، ولا ترد اليمين على المدعى .

وذهب ابن حزم (١٠) ، وهو قول مروي عن ابن أبي ليلى (١١) ، الى أنه لا يقضى عليه بالنكول ، ولا ترد اليمين على المدعى ، بل يجلس المدعى عليه حتى يقر ، أو يحلف .

(٣) أدب القضاء الفقرة ٢٨٩ وما بعدها .

(٤) المرجع نفسه ، وانظر تحفة المحتاج : ٣٢٠/١٠ .

(٥) حاشية الدسوقي : ٢٠٢/٤ ، تبصرة الحكام : ٣٠١/١ .

(٦) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ وط : المنار ١٢/١٢ وفي هامشها

الشرح الكبير : ١٥٨/١٢ ، والطرق الحكمية : ١١٦ .

(٧) المرجع نفسه .

(٨) بدائع الصنائع : ٣٩٣٥/٨ ، معين الحكام : ٦٦ ، رد المحتار :

٥٤٩/٥ - ٥٥٠ .

(٩) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ .

(١٠) المحلى (ط مكتبة الجمهورية) ٥٢٧/١٠ - ٥٢٨ ضمن الفقرة

١٧٨٧ .

(١١) المغنى (الرياض) : ٢٣٦/٩ .

أدلة الفريقين :

استدل كل فريق بأدلة يعزز فيها قوله ، نعرضها في ما يأتي وتبناها بالترجيح •

أدلة الفريق الأول :

وهم القائلون ان النكول وحده غير كاف ، بل يجب أن ترد اليمين على المدعى ليحلف فيستحق •

استدل هؤلاء بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

أما الكتاب :

فقوله تعالى في آية الوصية في السفر :

« تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنَّ ارْتَبَتْكُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى ، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذْ نَ لَمِنَ الْآثِمِينَ ، فَإِنْ عَشِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَاخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذْ نَ لَمِنَ الظَّالِمِينَ ، ذَلِكَ أَذْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ » (١٢)

(١٢) المائدة : ١٠٦ - ١٠٨ •

فأفادت ردّ اليمين من الجهة التي شرعت فيها وهما الشاهدان الى غيرها ويؤخذ منه ردّ اليمين من المدعى عليه الى غيره (١٣) .

وأما السنة :

فما أخرجه الدارقطني والحاكم عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق » .
فهو يدل على أنه لو كان النكول وحده كافيا لحكم به صلى الله عليه وسلم .
وبحديث القسامة الثابت ، أنه ترد اليمين على المدعين .

وأما المقول :

فان المدعى عليه لما نكل ظهر صدق المدعى ، وقوى جانبه ، فشرع اليمين في حقه وكالمدعى اذا شهد له شاهد واحد (١٤) .
ولأن النكول قد يكون بجهله بالحال ، أو تورعه عن الحلف على ما لا يتحققه ، أو للخوف من عاقبة اليمين ، أو ترفعا عنها مع علمه بصدقه في انكاره ، ولا يتعين بنكوله صدق المدعى ، فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فاذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ما هو أقوى منها (١٥) .

أدلة الفريق الثاني :

وهم القائلون بأن النكول وحده حجة في القضاء ، دون حاجة الى رد اليمين على المدعى .

استدل هذا الفريق بالسنة والاجماع والمقول .

(١٣) الأم : ٣٤/٧ .

(١٤) المغنى (الرياض) : ٢٣٥/٩ .

(١٥) المرجع نفسه : ٢٣٥/٩ - ٢٣٦ .

فأما السنة :

فحديث « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » (١٦) .

فأفاد أن جنس اليمين على المدعى عليه بدليل لام الاستغراق ، فلا تبقى يمين توجه الى المدعى (١٧) .

وكذا يفهم من حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » (١٨) .

واستدلوا أيضا بما روى عن عثمان انه قضى بنكون ابن عمر عن اليمين (١٩) .

واما الاجماع :

فقد ذكروا ان عثمان حينما قضى بنكول ابن عمر عن اليمين اشتهر ذلك بين الصحابة ولم يعرف له مخالف (٢٠) .

واما المعقول :

فانهم قالوا : ان النكول يدل على الاقرار ضمنا ، ولو كان الناكل

(١٦) حديث « لو يعطى الناس ٠٠٠ » متفق عليه من حديث ابن عباس رواه البخاري في تفسير سورة آل عمران (صحيح البخاري : ٧٣/٣) ومسلم في الأفضية (صحيح مسلم : ١٣٣٦/٣ رقم ١٧١١) ورواه غيرهما انظر جامع الأصول : ٥٥٤/١٠ رقم ٧٦٥٨ .

(١٧) تبين الحقائق : ٢٩٤/٤ .

(١٨) مر تخريج الحديث .

(١٩) الطرق الحكمية : ١١٧ وسنن البيهقي ١٨٤/١٠ .

(٢٠) المبسوط : ٣٤/١٧ .

صادقا لبرأ نفسه باليمين ، وليس عليه شيء في اليمين الصادقة •

أدلة الفريق الثالث :

وهم القائلون انه لا يحكم على الناكل ، ولا يرد اليمين على طالب الحق بل يجبس الناكل حتى يقر أو يحلف •

وقد استدلووا بأن رد اليمين لم يأت الا في ثلاثة مواضع منصوص عليها ، وهي القسم ، والوصية في السفر ، ومع الشاهد الواحد العدل أو المرأتين العادلتين ، فأبقوا الرد في موضعه فقط دون تعديده (٢١) •

الترجيح بين هذه الأقوال :

والذي يبدو أن رأي الفريق الأول القائلين بعدم كفاية النكول وحده ليكون حجة في القضاء ، بل يجب رد اليمين الى المدعى ، أرجح ، وذلك لأن النكول لا يتيمن معناه في صدق المدعى ، بل ربما يكون لجهل ، أو تحرج ، أو مراجعة حساب ، أو اشتباه ، أو غير ذلك (٢٢) •

ولأن القضاء بالنكول كما يقولون قضاء بالمفهوم ، والقضاء باليمين المردودة قضاء بالمنطوق (٢٣) ، ولا شك أن المنطوق أوضح من المفهوم ، كما لا شك أن الأمر في باب القضاء يحتاج الى توضيح الحجج والى تثبيت في اصدار الحكم •

وبهذا يتوضح لنا أن رأي القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم ابن عبدالله بن أبي الدم هو الرأي الراجح • والله أعلم بالصواب ، واليه المرجع والمآب ، وهو الذي يغفر لنا ذنوبنا يوم الحساب •

(٢١) المحلى : ٥٢٧/١٠ - ٥٢٨ •

(٢٢) المغنى : ٢٣٥/٩ •

(٢٣) انظر كتاب : من طرق الاثبات للدكتور البهي : ٦٥ • تحفة المحتاج :

• ٣٢٢/١٠

الفصل السابع

هل يتغير الحكم في الحل والحرمة بحكم الحاكم ؟

ويقصد بذلك ان حكم الحاكم هل يجعل الحلال حراما والحرام حلالا ؟ •

عقد القاضي شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن أبي الدم فصلا^(١) بعنوان (ان حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه عندنا) - ويقصد عند الشافعية •

وهو بذلك يتناول ما تناوله الفقهاء السابقون له الذين لم تخل مؤلفاتهم الفقهية التي تضم أبواب القضاء من هذا الموضوع •

وهي مسألة تدور حول ما اذا ادعى شخص شيئا لا يستحقه مثلاً فحكم له القاضي بظاهر أدلته التي قدمها ، كأن يكون شهوده قد شهدوا له بالزور مثلاً أو بخرج المدعى عليه عن اليمين ، واقدام هذا عليها ، فهل لهذا الشخص أن يتصرف بذلك الشيء الذي قضى له به القاضي ؟ •

وهل يحل له أكله ان كان طعاماً ، أو التصرف به ان كان عيناً أو مالاً ، أو وطؤها ان كانت امرأة ادعى نكاحها فحكم له بذلك ؟

(١) وهو الفصل السابع من الباب الثاني من كتاب أدب القضاء ، انظر الفقرة ١٨١ وما بعدها •

ذهب الشافعي (٢) ، ومالك (٣) ، وأحمد (٤) في أشهر روايته ،
والأوزاعي (٥) ، وإسحاق (٦) ، وأبو ثور (٧) ، وزفر ، ومحمد بن
الحسن ، وأبو يوسف من الحنفية (٨) وداود الظاهري (٩) ، وهو رأي
جمهور الفقهاء (١٠) ، إلى أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته ،
فلا يحرم حلالا ولا يحل حراما •

فإذا كان ذلك الشيء لا يستحقه فقضى له القاضي به فإنه لا يحل له
أخذه أو التصرف فيه ، أو طؤها إن كانت امرأة قضى له بنكاحها منه
وغير ذلك •

وذهب أبو حنيفة (١١) ، وهي رواية عن الإمام أحمد (١٢) إلى أن

(٢) انظر رأي الشافعي ورأي أصحابه في الأم : ٢٠٢/٦ ، مغنى المحتاج :

٣٩٧/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٦/٨ ، وتحفة المحتاج وحاشيتي
الشرواني وابن قاسم : ١٤٥/١٠ ، قواعد الأحكام : ٢٠٧/٢ ، أدب
القضاء لابن أبي الدم الفقرة ١٨١ وما بعدها •

(٣) حاشية الدسوقي : ١٥٦/٤ ، تبصرة الحكام : ٧٥/١ •

(٤) المغني (الرياض) : ٥٨/٩ •

(٥) المرجع السابق •

(٦) المرجع السابق •

(٧) المرجع السابق •

(٨) رد المحتار : ٤٠٦/٥ ، وانظر نيل الأوطار : ٥٣٣/٨ ، فتح القدير :

٤٩٢/٥ ، روضة القضاء : ٣٢٠/١ ، شرح أدب القاضي للخصاف

تأليف الصدر الشهيد ابن مازة : ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وما بعدها ،

المبسوط : ٨٦/١٦ ، معين الحكام : ٣٠ •

(٩) المحلى : ٥٩/٩ •

(١٠) نيل الأوطار : ٥٣٣/٨ ، القضاء في الإسلام لمذكور : ١٠٠ ، النظام

القضائي الاسلامي لعبد الرحمن عبدالعزيز القاسم : ٣٤٤ - ٣٤٥ •

(١١) انظر رأي أبي حنيفة في فتح القدير : ٤٩٢/٥ ، رد المحتار :

حكم الحاكم يحيلها في الفروج والنسب دون الأنفس والأموال ، وبعبارة أخرى أن حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا •

فلو شهد شاهدان ، فقبل القاضي أقوالهما عنده على رجل أنه طلق زوجته ثلاثا ، وفرق الحاكم بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان يكذبهما ، فإنه لا يجوز لواحد منهما أن يتزوج بها مع علمه بالحال في رأي الجمهور • وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتزوج بها (١٣) •

وكذا لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ولم يكن في نفس الامر تزوجها فتشهد له شاهدان أنه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعند الجمهور لا تحل له أصلا (١٤) •
أدلة أبي حنيفة :

استدل الامام أبو حنيفة على قوله بما روى عن علي رضي الله عنه أن رجلا ادعى على امرأة نكاحها ، فرفعها الى علي رضي الله عنه ، فتشهد له شاهدان بذلك ففضى بينهما بالزوجة ، فقالت : والله ما تزوجني يا أمير

٤٠٥/٥ ، روضة القضاة : ٣٢٠/١ ، المبسوط : ٨٦/١٦ ، معين
الحكام : ٣٠ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الصدر الشهيد ابن
مازة : ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وقد أشار اليه ابن أبي الدم في الفقرة ١٨١
من أدب القضاء •

(١٢) المغني (الرياض) : ٦٠/٩ •

(١٣) انظر هذه المسألة في شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة •
البخاري : ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وقابل ذلك بما فيه في ١٧٦/٣ رقم
٦٨٠ ، رد المحتار : ٤٠١/٥ ، والمحلى (ط : مكتبة الجمهورية) :
٦١٧/١٠ ، وذكرها ابن أبي الدم في الفقرة ١٨٢ من كتاب أدب
القضاء ، وانظرها في المغني (الرياض) : ٥٩/٩ •

(١٤) أدب القضاء لابن أبي الدم الفقرة ١٨٣ ، المغني (الرياض) : ٥٩/٩ ،
المحلى : ٦١٧/١٠ •

- المؤمنين ، فاعقد بيننا عقدا حتى أحل له ، فقال شاهدك زوجك •
- فدل على أن النكاح ثبت بحكمه •

واستدل على ذلك أيضا بأن المعلن يفسخ به النكاح ، وإن كان أحدهما كاذبا فالحكم أولى •

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على أن حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه بقوله صلى الله عليه وسلم :

« إنما أنا بشر ، وأنكم تختصمون الي ولعل بضعكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا ، فانما أقطع له قطعة من النار » (١٥) •

فاذا كان حكمه عليه الصلاة والسلام وقضاؤه لا يحل لأحد ما كان عليه حراما ، فكيف القول في قضاء أحد بعده ؟ •

قال ابن قدامة : « وهذا يدخل فيه ما اذا ادعى أنه اشترى منه شيئا فحكم به •

ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرما عليه كاللالم المطلق •

وأما الخبر عن علي أن صح فلا حجة لهم فيه ، لأنه أضاف التزويج

(١٥) حديث « إنما أنا بشر ... » متفق عليه من حديث أم سلمة ، ورواه أيضا مالك والترمذي وأبو داود (انظر جامع الاصول :

١٠/٥٥٣ رقم ٧٦٥٥) ، وقد مر تخريجه •

(١٦) المغنى (الرياض) : ٥٩/٩ •

الى الشاهدين لا الى حكمه ، ولم يجبها الى التزويج ، لأن فيه طعنا على الشهود •

فأما اللعان ، فانما حصلت الفقرة به لا بصدق الزوج ، ولهذا لو قامت اليقنة به لم يفسخ النكاح ... ، (١٦) •

الترجيح بين القولين :

والذي يميل اليه القلب وتطمئن اليه النفس ما رآه الجمهور من أن حكم الحاكم لا يغير الشيء عن صفته فلا يجعل الحرام حلالا ولا الحلال حراما لقوة الدليل من جهة ، ولأنه لا فرق بين القضاء في الفروج والنسب وبين القضاء في الأموال والأفوس في التحليل والتحرير بل أن احكام الفروج والنسب أكثر خطرا وأعظم حرمة من الأموال المطلقة ، وقد أمر الشرع بالاحتياط الزائد فيها • ولأن الله وحده هو الذي يحل التحلل ويحرم الحرام ولا يشاركه فيه أحد •

فتبت بذلك ترجيح أن حكم الحاكم لا يغير الأمور عن صفتها وهو ما ذهب اليه القاضي شهاب الدين ابن أبي الدم والله أعلم بالصواب ، وهو يقضى بالحق وفصل الخطاب ، جنبنا الله وإياكم هفوات اللسان ، وعشرات القلم ، وعصمنا وإياكم في هذا الزمان ، من الكبائر والصغائر واللمم ، وثبتنا وإياكم على الإيمان حين التياث الظلم ، ورزقنا وإياكم الرضوان والغفران ، فإنه أهل للجود والكرم ، وصلى الله على سيد الأكوان ، محمد وآله وصحبه وسلم •

الدكتور محيي هلال السرحان

كِتَابُ أَدَبِ الْقَضَاءِ

تأليف

القاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله
الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي
المتوفى ٦٤٢هـ

تحقيق ودراسة بقلم

الدكتور محيي هلال السحراني

« الجزء الأول »

الطبعة الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

[١/ب]

[١] الحمد لله الذي شهد الع قولُ بقدومه ^(١) ووحدانيته ،
ووقفت [دون ادراك جلاله وعظمته ، الذي ابتدع المخلوقات] ^(٢)
ببديع حكمته ، وصور الكائنات [بلطف صنعه] ^(٣) وكلّف الخلائق
الاعتراف بربوبيته ، وأمرهم باتباع [دينه وشريعته] ^(٤) .
أحمدُه على توالي نعمته ، وأشكره على تواتر آلائه
ومنته ^(٥) .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، شهادة تبوئ
قائلها منازل كرامته ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أظهر
البرية مولداً ، وأكرمهم ^(٦) محتداً ^(٧) ، وأصلبهم معجماً ^(٨) ، وأرفعهم
علماً ، من اصطفاه الله جلّ جلاله من خلقه ، وارتضاه لنبوته

(١) س : ب قدرته .

(٢) ما بين القوسين قد انطمس بفعل الرطوبة التي أصابت الاصل ،
وما أثبتناه عن س ب .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في الاصل ، أوضحناه كما في س ب .

(٤) غير واضحة في الاصل ، وإيضاحها على نحو ما جاء في س ب .

(٥) ب : وصفته .

(٦) س ب : وأطيبهم .

(٧) المحتد : الاصل والطبع كما في القاموس (ح تد ، ٢٩٦/١) .

(٨) في القاموس : رجل صلب المعجم كمقعد ، أي عزيز النفس (مادة عجم

١٤٩/٤) .

ورسالته ، صلى الله عليه وعلى آله ^(٩) ، صلاة تؤتي قائلها شريف
شفاعته .

[٢] وبعد : فإن آولى ما أُعملت فيه القرائح ، وعلقت به
الأفكار الواقعية ، وعُني العالم بجمعه وتصنيفه ، وجهد نفسه في
ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاح العواقب ، ونجاح المطالب وسمو
المناقب ، وعلو المراتب ، وهو علم فروع الشريعة من الحلال
والحرام ، والواجب والمندوب ، وأخصها بالأولوية علم الأفضية
والأحكام المتداولة بين القضاء والحكام ، فإن الانتداب للإصلاح بين
المتحاكمين ، والانتصار ^(١٠) للمظلوم من الظالم فيما يجرى ^(١١) بين
المتخاصمين ، من أفضل القربات ، وأرفع ^(١٢) الطاعات .

[٣] وإن كان جماعة من أصحابي المشتغلين ^(١٣) عليّ بعلم المذهب
الشافعي سألوا وضع كتاب في أدب القضاء ، يتضمن جملة من آدابه
وأحكامه ، وببذة ^(١٤) من الدعاوى والبيّنات وما يجرى لدى الحكام
من الخصومات ^(١٥) ، وطرفاً من علم الشروط المرسومة بين علماء العصر
في هذا الشأن ، واستمر سؤالهم ذلك مدة سنين ، والموانع تمنع ، والأشغال

(٩) س : وعلى آله وأصحابه وعترته وبعد فأولى . . بسقوط جملة من
الكلام .

(١٠) س : والانتصاب .

(١١) س : جرى .

(١٢) س : وأروج .

(١٣) س : المشتغلين بعلم (بعنف لفظة : علي) .

(١٤) س : وجملة .

(١٥) س : من الحكومات .

بتتبع (١٦) المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، فان (١٧) علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله المية القصوى ، [١/٢] إذ هو النافع في الدنيا والاخرى .

وما زال سؤالهم يتكرر مرة بعد أخرى ، الى أن استغنت الله تعالى ، واستخرته واستمددته توفيقه وهدايته ، واجبت سؤالهم ، واسعفت (١٨) طلبتهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلقت ما حضرني من هذا العلم من المسائل الحسنة الغريبة ، والفروع المستحسنة العجيبة ، المذكورة في طريقتي (١٩) العراق وخراسان (٢٠) التي (٢١) اعتنى بجمعها من تقدم من أئمة الزمان .

و [ذكرت] (٢٢) مما اصطلح عليه الحكماء من المراسم الشرعية ،

-
- (١٦) س : بتحقيق المذهب وتنقيحه .
 (١٧) في المطبوعة : وان ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ب .
 (١٨) في الاصل وفي نسخة ب : واسعفتهم .
 (١٩) في الاصل : طريقي ، والتصحيح من س ب .
 (٢٠) للفقهاء الشافعية طرق في البحث والاجتهاد ، بحسب الاقاليم التي حلوا فيها ، فهناك طريقة المراقين ، وهي التي اتبعها الشيخ أبو حامد الاسفرايني (أحمد بن محمد بن أحمد المتوفى ٥٠٦ هـ) وتلاميذه ، وطريقة الخراسانيين وهي التي اتبعها الخراسانيون والمراوذة والنيسابوريون ، منهم القفال المروزي (أبو بكر عبد الله بن أحمد المتوفى ٤١٧ هـ) والقاضي حسين بن محمد بن أحمد المروروذي (المتوفى ٤٦٢ هـ) وتلاميذهما ، وهناك طرق أخرى في الشام ومصر والحجاز واليمن ، الا ان الطريقتين المذكورتين هما اشهر الطرق ، فانظر بشأن ذلك طبقات السبكي : ٣٢٤/١ ، تهذيب الاسماء واللغات : ١٨/٢ .

- (٢١) ب : والتي .
 (٢٢) الزيادة من س ومن مصحح نسخة ب في هامشها .

والوقائع الحكيمية جملا كثيرة ، وفوائد غزيرة ، ينفع بها الحكماء ،
وتابعوهم ، من الكتاب والوكلاء ، والمتداعين المتناظرين •

ثم اتبعت ذلك بانموذجات^(٢٣) في علم كتابة الشروط على مصطلح
بلادنا وزماننا ، موافقة^(٢٤) لاصطلاح من تقدم في المعنى ، وفي كثير^(٢٥)
من الالفاظ ، الا في الالفاظ القليلة^(٢٦) يستدل الكاتب المتيقظ^(٢٧) بها
على ما سواها ، ويتعرف بها ما عداها^(٢٨) ، قضاء لحقهم ، اذ هم من
اجل الاصحاب ، ورجاء من الله جلّ جلاله جزيل الاجر والثواب •

هذا مع ان هذا العلم هو على الحقيقة كالعلامة على^(٢٩) بقية
[علم]^(٣٠) المذهب وغيره ، والله يعصمنا^(٣١) من الزلل ، ويوفقنا^(٣٢)
للمصواب في القول والعمل بمنه وكرمه •

(٢٣) س : تم اتبعت ذلك ذكر انموذجات ، وفي ب : ثم اتبعت ذلك بذكر
انموذجات ، وفي الاصل : ثم اتبعت ذلك بانموذج •• موافقة ، وقد
اختار محقق المطبوعة عبارة نسخة س •

(٢٤) س ب والمطبوعة : مع موافقته •

(٢٥) س : وذكرت من كثير الالفاظ (وهو سهو) •

(٢٦) س : القلقة (وهو تصحيف) ، وفي المطبوعة : القليلة التي يستدل ••

() بزيادة لفظة : التي (ولم ترد هذه الزيادة في سائر النسخ •

(٢٧) س : المستيقظ •

(٢٨) س : ما عدل تناقضا (وهو تصحيف) •

(٢٩) س : كالعلاوة في • وفي ب : كالعلاوة على •• اما محقق المطبوعة

فقد اختار ما جاء في نسخة س ، وراح يشرح معنى العلاوة في الهامشي

وكل ذلك تصحيف وما اثبتناه عن الاصل •

(٣٠) الزيادة من حاشية الاصل كتبها مصححه ، وهي موجودة في س ب

(٣١) س : يعصم •

(٣٢) س : ويوفق •

[٤] وهو مرتب على ستة أبواب ، كل باب منها يتضمن فصولا
فيه (٣٣) :

[الباب الاول : في صفة القضاء •

الباب الثاني : في ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود (٣٤) •

الباب الثالث : في الدعاوى والبيانات ومجامع (٣٥) الخصومات •

الباب الرابع : في الشهادات •

الباب الخامس : في انتهاء ما جرى عند الحاكم المتنازع (٣٦) لديه الى

قاض آخر •

الباب السادس : في الشروط المكتوبة في (٣٧) المحاضر والسجلات

والكتب الحكيمة وكتب الابتاعات والوثائق والاجارات وغير ذلك [(٣٨) •

★ ★ ★

(٣٣) لفظة : (فيه) سقطت من س ومن المطبوعة •

(٣٤) س : فيما يجب على الحاكم والشهود والخصوم •

(٣٥) س : وجوامع •

(٣٦) س : المنازع لديهم •

(٣٧) س ب والمطبوعة : من المحاضر • والتصحیح من عنوان هذا الباب

في الورقة : ٩٢ ب من الاصل •

(٣٨) ما بين القوسين المعكوفين زيادة من س ب •

الباب الاول

في

صفة القضاء

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول

في ما ورد^(١) من الآيات والنصوص

والآثار في الترغيب فيه والنهي عنه ، واختلاف العلماء

في اجابة من يصح تقليده القضاء اذا دعي اليه

وامتناعه عنه ، ايها اولى

[٥] القضاء تلو النبوة ، وخلق الله تعالى الخلق ، وكلنهم الاخذ
بالشرائع ، وابتعث^(٢) رسله صلوات الله وسلامه عليهم قضاة ليحكموا
بينهم .

قال الله تعالى :

« كان الناس امة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين ، وانزل
معهم الكتاب بالحق ، ليحكم بين الناس في ما اختلفوا فيه » ،^(٣) .

(١) من ب والمطبوعة : فيما ورد فيه من الآيات .

(٢) من : بعث .

(٣) البقرة : ٢١٣ .

وقال تعالى لرسوله محمد المصطفى صلى الله عليه وسلم :

« وان احكم بينهم بما انزل الله » (٤) .

وقال تعالى :

« فاحكم بينهم بما انزل الله » (٥) .

وقال تعالى :

« يا داود انا جعلناك خليفة في الارض ، فاحكم بين الناس بالحق ،
ولا تتبع الهوى » (٦) . [٢/ب]

وذم قسوما على امتناعهم من اجابة داعي الحاكم الى مجلس (٧)
حكمه ، فقال تعالى :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم
معرضون » (٨) .

ومدح آخرين على اتيانهم (٩) اليه [مدعين اليه] (١٠) متقادين
لرسل القضاة ، قائلين سمعنا وطاعة اذا دعاهم القاضي الى (١١) اتيان مجلس
حكمه وقضائه ، فقال تعالى :

(٤) المائدة : ٤٩ .

(٥) المائدة : ٤٨ .

(٦) سورة : ص ، آية : ٢٦ .

(٧) في الاصل : الى مجلسه ، وما اثبتناه عن س ب .

(٨) النور : ٤٨ .

(٩) س : اتيانهم اليهم .

(١٠) الزيادة من س ب .

(١١) س : اذا دعاهم القاضي الى مجلس حكمه . . (يسقط لفظة :

اتيان) .

« انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا » (١٢) .. الآية .

فاستحب بعض أصحابنا من ههنا ان يقول من دعاه القاضي (١٣) سمعا وطاعة .

وقال عليه السلام :

« اذا اجتهد الحاكم (١٤) فأصاب فله اجران ، وان اخطأ فله اجر واحد » (١٥) .

وانما اوجر على اجتهاده [و] (١٦) بذل وسعه ، لا على خطئه .
وقال عليه السلام :

(١٢) النور : ٥١ .

(١٣) س : من دعاه الحاكم .

(١٤) س : اذا اجتهد القاضي ..

(١٥) حديث : « اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران .. » اصله الحديث

المرفوع المتفق عليه من حديث عمرو بن العاص وابن هريرة ، بلفظ

« اذا حكم الحاكم فاجتهد .. » فقد رواه البخاري عنهما في الاعتصام

(صحيح البخاري : ١٨١/٤) ، ومسلم في الاقضية عنهما أيضا (صحيح

مسلم : ١٣٤٢/٣ رقم ١٧١٦) وصحيح مسلم بشرح النووي : ١٣/١٢

ورواه أبو داود في الاقضية عنهما (سنن : ٢٩٩/٣ رقم ٣٥٧٤)

والترمذي عنهما أيضا في الاحكام : (سنن : ٣٩٣/٢ رقم ١٣٤١)

والنسائي في آداب القضاة (سنن : ٢٢٣/٨ - ٢٢٤) ، وأورده

عنهما ابن الاثير (جامع الاصول : ٥٤٨/١٠ رقم ٧٦٤٠ - ٧٦٤١)

ورواه الحاكم (المستدرک : ٨٨/٤) وأبو عوانة (المسند : ١٢/٤)

والدارقطني (سنن : ٢٠٣/٤) وابن ماجة في الاحكام (سنن :

٧٧٦/٢ رقم ٢٣٢٤) وابن الجارود (المنتقى : ٣٣١ - ٣٣٢ رقم

٩٩٦) والشافعي : (الام : ٢٠٣/٦ ، ٨٥/٧ ، مسند الشافعي :

٢٦٣/٦ ، مختصر المزني : ٢٤٢/٥) والامام أحمد (المسند :

١٩٨/٤ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥) وانظره في جامع بيان العلم : (٧١/٢) .

(١٦) الزيادة من س ب .

« القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة » قاض عرف الحق
نفى به فهو في الجنة وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف
الحق فجار فهو في النار ، (١٧) .

وقال عليه السلام لعاذ حين بعته الى اليمن :

« كيف تقضي ان عرض لك قضاء » ؟

قال : اقضي بكتاب الله .

قال : « فان لم تجد » ؟

قال : فبسنة (١٨) رسول الله .

(١٧) حديث : « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة » . رواه
أبو داود في الاقضية عن بريدة بن الحصيبي ، وقال : هذا أصح شيء
فيه : يعني حديث بريدة القضاة ثلاثة (سنن : ٢٩٩/٣ رقم ٣٥٧٣)
وانظر جامع الاصول : ٥٤٥/١٠ رقم ٧٦٣٣) ورواه ابن ماجة عنه
في الاحكام (سنن : ٧٧٦/٢ رقم ٢٣١٥) ورواه الحاكم في الاحكام
عنه وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه (المستدرك :
٩٠/٤) قال الذهبي : له شاهد صحيح (التلخيص على المستدرك
- الموضع نفسه من المستدرك) ورواه الطبراني في الاوسط والكبير
عن ابن عمر (مجمع الزوائد : ١٩٣/٤ ، وجمع الفوائد ٦٨٢/٢
رقم ٤٩٠٣) قال مخرجه : رواه أيضا ابن ماجة والترمذي والنسائي
والحاكم وصححه (اعذب الموارد : ٦٨٢/٢) وانظر بشأن الحديث :
نيل الاوطار ٢٧٤/٧ ، سبل السلام : ١١٦/٤ ، نصب الراية :
٦٥/٤ ، الدراية : ١٦٦/٢ رقم ٨١٦ ، تلخيص الحبير : ١٨٥/٤
رقم ٢٠٨٢ ، سنن البيهقي : ١١٧/١٠ ، أخبار القضاة ١٣/١ -
١٤ ، جامع مسانيد الامام أبي حنيفة : ٢٨٠/٢ ، جامع بيان العلم :
٧٠/٢ - ٧١ ، الجامع الصغير : ٨٩/٢ وشرحه التيسير : ٢٠٣/٢ .
(١٨) ب : بسنة .

قال : « فان لم تجد » (١٩) ؟

قال : اجتهد رأيي ولا آلو (٢٠) .

فضرب صدره وقال :

« الحمد لله الذي وفق رسول رسوله (٢١) لما يرضيه » (٢٢) .

ومما ورد من السنة في الترغيب في القضاء قوله عليه السلام .

« ليوم واحد من امام عادل افضل أو خير من عبادة ستين سنة ، وحد

بقام في أرض بحقه أزكى من مطر أربعين خريفا » (٢٣) .

(١٩) ب والمطبوعة : فان لم يكن . وفي س : فان لم تكن ، وما اثبتناه

عن الاصل وعن جامع الاصول : ٥٥١/١٠ .

(٢٠) لا آلو : أي لا أقصر .

(٢١) س والمطبوعة : رسول رسول الله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٢٢) حديث ان الرسول صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً الى اليمن قال

له : « كيف تقضى ٠٠ الخ » الخ رواه أبو داود في الاقضية (سنن :

٣٠٣/٣ رقم ٣٥٩٢) والترمذي في الاحكام (سنن ٣٩٤/٢ رقم

١٣٤٢) والدايمي في المقدمة (سنن : ٥٥/١ رقم ١٧٠) والامام

أحمد (المسند : ٣٧/١ ، ٢٣٠/٥ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢) وكلهم من طريق

الحارث بن عمرو يرفعه الى معاذ (جامع الاصول : ٥٥١/١٠ رقم

٧٦٥١) ، وانظر بشأن تخريجه : جمع الفوائد : ٦٨٥/١ رقم

٤٩٢٣ ، تلخيص الجبير ١٨٢/٤ رقم ٢٠٧٦ ، نصب الراية ٦٣/٤ ،

وعلى اسناده كلام فيهما وانظر تخريج أحاديث أصول البزدوي

ص ٥٥ من طبعة نور محمد - كراتشي .

(٢٣) حيث : « ليوم واحد من امام عادل افضل أو خير من عبادة ستين

سنة ٠٠ الخ » ، قال الزيلعي : رواه اسحاق بن راهويه في مسنده ،

والطبراني في الاوسط والكبير عن ابن عباس (نصب الراية

٦٧/٤) وقال ابن حجر : وفي الاموال لابن عبيد عن أبي هريرة

رفعه : « العادل في رعيته يوماً واحداً افضل من عبادة العايد في اهله

مائة وخمسين سنة » (الدراية ١٦٧/٢ رقم ٨١٧) وانظر

الاموال : ١٣ ، والمطالب العالية ٢٣٢/٢ رقم ٢١٠١ .

وقال عليه السلام :

« سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله .. » وذكر منهم اماما عادلا (٢٤) .

وقال عليه السلام :

« لا حسد الا في اثنتين : رجل آتاه الله مالا فغسلطه على مملكته بالحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فعلمها الناس وقضى بها بين الناس » (٢٥) .
وقال صلى الله عليه وسلم :

« ما من رجل يحكم الا وكل الله تعالى به ملكين يسددانه ويرشدانه

(٢٤) حديث « سبعة يظلهم الله في ظله .. » الخ رواه البخاري ومسلم والنسائي من حديث ابي هريرة (صحيح البخاري - الاذان - ٨٣/١ وفي الزكاة ١٧٠/١) وانظر صحيح مسلم - كتاب الزكاة ٧١٥/٢ رقم ١٠٣١ وانظر سنن النسائي في آداب القضاة ٢٢٢/٨ - ٢٢٣ ، ورواه الترمذي والامام مالك عن ابي سعيد او عن ابي هريرة (الموطأ مع تنوير الحوالك - باب المتحابين : ٢٣٤/٢) وانظر سنن الترمذي - الزهد ٢٤/٤ - ٢٥ رقم ٢٥٠٠ .

(٢٥) حديث : « لا حسد الا في اثنتين .. » متفق عليه من حديث عبد الله ابن مسعود بلفظ « فهو يقضى بها ويعلمها » فانظر صحيح البخاري - العلم ١٦/١ - ١٧ ، وفي الزكاة ١٦٩/١ وفي الاحكام ١٥٨/٤ ، وفي الاعتصام ١٧٨/٤ ، ورواه مسلم في صلاة المسافرين (صحيح مسلم ٥٥٩/١ رقم ٨١٦) ورواه ابن ماجة في الزهد (السنن ١٤٠٧/٢ رقم ٤٢٠٨) ورواه البيهقي في آداب القاضي (السنن الكبرى ٨٨/١٠) وللحديث الفاظ وروايات أخرى عن ابي هريرة وعبد الله بن عمر فانظر صحيح البخاري - التمني ١٦٩/٤ ، والتوحيد ٢٠٥/٤ ، وصحيح مسلم : صلاة المسافرين ٥٥٨/١ رقم ٨١٥ ومسند الامام أحمد (٩/٢ ، ٣٦) وسنن ابن ماجة ١٤٠٨/٢ رقم ٤٢٠٩ وغير ذلك .

ويوفقانه ، فان جار (٢٦) تركاه وعرجا الى السماء » (٢٧) .

وقال ابن مسعود :

لأن اجلس قاضيا (٢٨) بين الناس بحق واجب احب اليّ من عبادة سبعين سنة (٢٩) .

فهذه سنن وآثار دلّت على الترغيب في القضاء .

[٦] وقد ورد (٣٠) في السنّة ما يستحث على الزهد فيه ، والرغبة عنه :

روى (٣١) عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [٣/أ] انه قال :

« من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين » .
وفي رواية :

(٢٦) س ب والمطبوعة : فان خان تركاه .

(٢٧) حديث : « ما من رجل يحكم الا وكل الله تعالى به ملكين يسددانه .. » الخ رواه البيهقي من حديث عبدالله بن عباس مرفوعا (السنن الكبرى : ٨٨/١٠) قال ابن حجر : واسناده ضعيف (تلخيص الجبير ١٨١/٤ رقم ٢٠٧٤) ورواه الطبراني في الكبير (مجمع الزوائد ١٩٤/٤) .

(٢٨) س ب والمطبوعة : لأن اجلس فاقضي بين الناس ..

(٢٩) قال ابن مسعود : « لأن اجلس قاضيا .. » رواه البيهقي في آداب القاضي بلفظ « لأن اقضي يوما واوافق فيه الحق والعدل احب الي من غزو سنة أو قال مائة يوم » ثم قال البيهقي : رفعه الحجاج بن ارطاة الى ابن مسعود منقطعا وانما يروى عن مسروق (السنن الكبرى ٨٩/١٠) .

(٣٠) س ب والمطبوعة : وقد ورد من السنة .

(٣١) س : وروى .

« من ولي القضاء » (٣٢) .

قيل فيه (٣٣) معنيان :

احدهما : انه بتوليته يصير كالمذبح ، لانه يحتاج [الى] (٣٤) ان
يميت شهواته ، و يكسر [نفسه] (٣٥) ويفهرها ويمنعها عن التبسط (٣٦)
ومخالطة الناس .

وقيل : معناه انه وقع في امر عظيم يصعب عليه الوفاء بشروطه .

ومن العلماء من جعل هذا الحديث دالا على الترغيب في القضاء ،

(٣٢) حديث : « من جعل قاضيا - او من ولي القضاء - فقد ذبح بغير
سكين » رواه أبو داود بالروایتين من حديث أبي هريرة في كتاب
الاقضية (سنن ٢٩٨/٣ - ٢٩٩ رقم ٣٥٧١ - ٣٥٧٢) ورواه
الترمذي بهما عنه في الاحكام ، وقال : هذا حديث حسن غريب
(سنن ٣٩٣/٢ رقم ١٣٤٠) وانظر جامع الاصول (٥٤٥/١٠) رقم
٧٦٣٢ ورواه ابن ماجة في الاحكام (سنن : ٧٧٤/٢ رقم ٢٣٠٨)
والامام أحمد (المسند ٢/٢٣٠ ، ٣٦٥) والحاكم وصححه (المستدرک
٩١/٤) والدارقطني في الاقضية (السنن ٢٠٤/٤ رقم ٦٠٥)
والبيهقي (السنن الكبرى ٩٦/١٠) ، والطبراني (المعجم الصغير
١٧٦/٢) وانظر جمع الفوائد من جامع الاصول ومجمع الزوائد
وبهامشه أعذب الموارد (٦٨٢/٢ رقم ٤٩٠٢) وتلخيص الحبير
(١٨٤/٤ رقم ٢٠٧٨) وسبل السلام (١١٦/٤) ونيل الاوطار
(٢٦٩/٨) نصب الراية (٦٤/٤) الراية (١٦٦/٢ رقم ٨١٦) وقد
تكلم وكيع على اسناده كلاما مستفيضا (انظر اخبار القضاة ٧/١
- ١٣) .

(٣٣) من المطبوعة : وقيل في جوابه معنيان وما اثبتناه عن الاصل

وعن ب .

(٣٤) الزيادة من من ب ، وفي س : لانه يحتاج الى ان يميت بشرك شهواته .

(٣٥) الزيادة من س ب وموضعها في الاصل بياض .

(٣٦) س : التبسط .

زاعما انه (٣٧) يدل على اجر عظيم مقابل لما يعاينه من أمور القضاء ونصبه تشبيها له بالذبح بغير سكين ، وانه (٣٨) مبالغة في وصف المذبوح بأبلغ درجات الألم .

وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال :

« يأتي على القاضي يوم يودّ ان لم يقض بين اثنين في تمرة واحدة » (٣٩) .

وقد قال (٤٠) عليه السلام :

« ما من حاكم يحكم بين الناس الا وكل به ملك آخذ بقناه حتى يقف [به] (٤١) على شفيع جهنم فيرفع رأسه الى السماء ، فان امر ان

(٣٧) في الاصل : زاعما على انه ، والتصحيح من س ب .

(٣٨) ب : فانه .

(٣٩) لفظة (واحدة) سقطت من س ب ، وحديث : « يأتي على القاضي

يوم يود ٠٠ الخ » رواه الامام أحمد من حديث عائشة بلفظ : « ليأتين

على القاضي العدل يوم القيامة ساعة يتمنى انه لم يقض بين اثنين

في تمرة قط » (المستند ٧٥/٦) ورواه ابن حبان من حديثها بلفظ ،

يدعى القاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى

انه لم يقض بين اثنين في عمره ، (موارد الظمان الى زوائد ابن حبان

(٣٧٦/١) رقم ١٥٦٣ . قال في مجمع الزوائد : واسناده حسن

ورواه الطبراني في الاوسط (مجمع الزوائد ١٩٢/٤) ورواه البيهقي

(السنن الكبرى ٩٦/١٠) وانظر بشأن تخريجه : تلخيص الحبير

١٨٤/٤ رقم ٢٠٧٩ ، نصب الراية ٦٥/٤ ، الدراية ١٦٦/٢ ،

ضمن الحديث رقم ٨١٦ ، سبل السلام ١٢٣/٤ رقم ١٢ ، نيل

الاوطار ٢٦٩/٨ - ٢٧٠ ، أخبار القضاة ٢٠/١ - ٢١ .

(٤٠) ب والمطبوعة : وقال .

(٤١) الزيادة من س ب ومن كتب التخريج .

يقذفه قذفه (٤٢) فهو في أربعين خريفاً ، (٤٣) .

[٧] فهذه الاحاديث [بجملتها] (٤٤) بعضها مرغّب ، وبعضها

مرهّب .

والمرغّب منها محمول على الصالح للقضاء ، المطبق لحمل عبئه (٤٥) ،

والقيام بواجبه .

والمرهّب منها محمول على العاجز عنه .

وعلى ذلك يحمل دخول من دخل فيه من العلماء ، وامتناع من

امتنع عنه :

فقد تقلده بعد المصطفى صلوات الله عليه وسلامه الخلفاء الاربعة (٤٦)

سادات الاسلام ، وقضوا بين الناس بالحق ، ودخلهم فيه أقوى (٤٧)

دليل على علو قدره ، ووفور اجره ، فان من بعدهم تبع لهم ، ووليه بعدهم

اتمة المسلمين من أكابر التابعين وتابعيهم .

(٤٢) س : قدمه ، وقد سقطت هذه اللفظة من المطبوعة .

(٤٣) حديث : « ما من حاكم يحكم بين الناس الا وكل به ملك آخذ

بقفاه ٠٠٠ الخ » رواه الامام أحمد عن عبدالله بن مسعود (المسند

٤٣٠/١) والدارقطني (السنن ٢٠٥/٥ رقم ٩) وابن ماجه في

الاحكام (سنن ٧٧٥/٢ رقم ٢٣١١) والبيهقي (السنن الكبرى

٩٦/١٠ - ٩٧) ، والبزار في الاحكام (كشف الاستار عن زوائد

البزار ١٢٣/٢ رقم ١١٣٥١) وانظر مجمع الزوائد ١٩٣/٤ ، وفيه

مجالد بن سعيد ، وثقه النسائي وضعفه جماعة ، وانظر نيل الاوطار

٢٦٩/٨ .

(٤٤) الزيادة من س ب .

(٤٥) ب : عيبه .

(٤٦) في المطبوعة : الخلفاء الراشدون .

(٤٧) س : أول دليل ، ب اول دليل .

[امتناءهم من الدخول في القضاء] •

(٨) ومن كره الدخول فيه من الائمة مع فضلهم وصلاحياتهم وصلاحيهم ، فهو محمول على مبالغة في حفظ انفسهم ، وسلوك لطريق (٤٨) السلامة ، فان الامر فيه خطير (٤٩) على خطره ولعلمهم رأوا من انفسهم ضعفا أو فتورا ، أو خافوا من الاشتغال به الاقلال من اورادهم (٥٠) ، ووظائفهم من العبادات ، وتحصيل العلوم •

وممن امتنع من تولية القضاء ، وكره الدخول فيه ، بعد ان طلب له ، امامنا الشافعي رضي الله عنه •

روى القاضي أبو الطيب الطبري (٥١) : ان المأمون كتب الى الشافعي يستدعيه ليوليّه (٥٢) القضاء في الشرق والغرب فأبى ، ودعا (٥٣)

(٤٨) س : طريق •

(٤٩) في الاصل وفي ب : خطر والتصحيح من س •

(٥٠) س : الاخلال بأورادهم •

(٥١) القاضي أبو الطيب طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عمر الطبري ، أحد فقهاء المذهب الشافعي ورفعائه المولود بآمل طبرستان سنة ٣٤٨ هـ • سمع بجرجان ونيسابور وبغداد من كبار الحفاظ ، تتلمذ على اعلام الفقهاء ، ولي القضاء بربع الكرخ ، حتى اشتهر عند العراقيين باسم القاضي ، في حين اطلق الخراسانيون لفظ القاضي على القاضي حسين شرح أبو الطيب مختصر المزني وصنف في الخلاف والاصول والجدل كتباً كثيرة ، توفي سنة ٤٥٠ هـ انظر اخباره وشيئا من آرائه الفقهية في طبقات الشافعية ١٢/٥ رقم ٤٢٢ ، تاريخ بغداد ٩/٣٥٨ رقم ٤٩٢٦ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٤٧/٢/١ رقم ٣٧٢ ، وفيات الاعيان ١٢/٢ ٥١٢ رقم ٣٠٧ ، طبقات ابن قاضي شعبة (مخطوط) الورقة ٣٤ ب •

(٥٢) س : لتولية •

(٥٣) ب : ودعي •

بالمزني^(٥٤) في مرض موته ونهاه عن تولي القضاء [٣/ب] ، وظهر له كتاب المأمون ، وقال : اني لم اظهره لاحد غيرك^(٥٥) .

ومنهم سفيان الثوري ، وابو حنيفة رضي الله عنهما .
روى القاضي أبو الطيب ان المنصور^(٥٦) استدعاهما وشريكا^(٥٨) ،

(٥٤) المزني : هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني صاحب الشافعي وتلميذه ، وصاحب المختصر المشهور بمختصر المزني ، انتهى عليه الشافعي ، وكان زاهدا ورعا عالما مجتهدا مناظرا غواصا على المعاني الدقيقة ، صنف كتباً كثيرة منها الجامع الكبير والصغير والمنثور والمسائل المعتمدة والترغيب في العلم وكتاب الوثائق توفي سنة ٢٦٤هـ .
انظر ترجمته وأخباره في طبقات الشافعية الكبرى ٩٢/٢ رقم ٢٠ ،
وفيات الاعيان ٢١٧/١ رقم ٩٣ ، طبقات الشيرازي ٧٩ ، الفهرست ٢١٢ ، الانساب ١/٥٢٧ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢/٢٨٥ ،
بروكلمان : الاصل ١/١٨٠ ، الذيل ١/٢٠٥ ، فؤاد سزكين ٤٩٢ ،
دائرة المعارف الاسلامية (بالانكليزية) ٨٥٤/٢ ، هامش آداب الشافعي ١٣٣ وفيه مصادر .

(٥٥) خبر ان المأمون كتب الى الشافعي يستدعيه لتولي القضاء انظره باختلاف يسير في كتاب مناقب الشافعي للبيهقي ١/١٥٤ .

(٥٦) سفيان الثوري : هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد الكوفي المتوفى في الراجح سنة ١٦١هـ الامام الجامع لانواع المحاسن ، وهو من تابعي التابعين وقد اتفقوا على وصفه بالبراعة في العلم بالحديث والفقه والورع والزهد ، وأحواله مشهورة ، انظر ترجمته في تاريخ بغداد ١٥١/٩ رقم ٤٧٦٣ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٢٢٢ رقم ٢١٥ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ٦٥ ، حلية الاولياء ٦/٣٥٦ ، طبقات القراء لابن الجزري ١/٣٠٨ ، طبقات المفسرين للدواودي ١/١٨٦ رقم ١٨٦ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ٨٨ رقم ١٨٠ وفيه مراجع ، تذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ رقم ١٩٨ ، هامش كتاب آداب الشافعي ٦٠ ، وفيه مراجع ،
الفهرست لابن التنديم ٢٢٨ ، وذكر له ثلاثة كتب ورسالتين .

(٥٧) المنصور : هو الخليفة العباسي المعروف .

(٥٨) شريك : هو القاضي أبو عبد الله شريك بن عبد الله النخعي الكوفي ،

فهرب سفيان من الطريق ، واحضر ابا حنيفة وشريكاً (٥٩) فمرض على ابي حنيفة القضاء فامتنع ، وقال انا لا اصلح له ، وعرض على شريك فاعتذر ببلل فزالها (٦٠) ، وفلده القضاء .

وروى أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (٦١) في تاريخه الكبير (٦٢) وأبو نعيم الاصفهاني (٦٣) في حليته (٦٤) ، والخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي (٦٥) في تاريخ بغداد (٦٦) ان المنصور طلب ابا حنيفة للقضاء فابى ، فحلف المنصور ليفعلن ، وحلف أبو حنيفة انه لا يفعل ، فقال له الربيع (٦٧) : يحلف أمير المؤمنين وتحلف أنت ؟! ، فقال أمير المؤمنين أقدر على

أحد الاعلام تولى القضاء بالكوفة أيام المهدي ، وكان عالماً فقيهاً محدثاً فطنا ذكياً فهُمّاً عادلاً في قضائه مصيباً حاضراً الجواب ، قال يحيى بن معين عنه انه صدوق ثقة الا انه اذا خالف فغيره أحب الينا منه توفي سنة ١٧٠ هـ ، انظر تاريخ بغداد ٢٧٩/٩ رقم ٤٨٢٨ ، تذكرة الحفاظ ٢٣٢/١ رقم ٢١٨ ، وفيات الاعيان ٤٦٤/٢ رقم ٢٩١ ، طبقات الحفاظ ٩٨ رقم ٢٠٧ .

(٥٩) الزيادة من س ب .

(٦٠) س ب والمطبوعة : فأزاحها .

(٦١) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المؤرخ المعروف المتوفى ٣١٠ هـ .

(٦٢) تاريخ الطبري المسمى تاريخ الرسل والملوك (تحقيق محمد أبي الفضل ابراهيم - دار المعارف ط ٢ سنة ١٩٧٢ ، ج ٧ ص ٦١٩ .

(٦٣) أبو نعيم الاصفهاني الحافظ أحمد بن عبدالله المتوفى ٤٣٠ هـ .

(٦٤) حلية الاولياء وطبقات الاصفية (دار الكتاب العربي بيروت ط ٢ سنة ١٩٦٧/١٣٨٧) .

(٦٥) الحافظ أبو بكر البغدادي أحمد بن علي بن ثابت المعروف بالخطيب المتوفى ٤٦٣ هـ .

(٦٦) تاريخ بغداد (مطبعة السعادة ١٩٣١) ج ١٣ ص ٣٢٨ .

(٦٧) الربيع : هو الربيع بن يونس بن أبي فروة كيسان (أبو الفضل) حاجب المنصور ومولاه ووزيره ، وكان متصفاً بالحزم مهيباً محسناً في الادارة ، عاش الى خلافة المهدي ، ثم صرفه الهادي عن الوزارة .

كفارة يمينه مني ، فحسبه [المنصور] ^(٦٨) اياما ثم احضره ، فقال له :
يا أمير المؤمنين : أنا لا اصلح للقضاء ، فان كنت صادقا فلا اصلح ، وان
كنت كاذبا فلا اصلح للكذب ، فردّه الى الحبس وضربه بالسياط ، فلم
يقبل ^(٦٩) ، فاطلقه •

هذه ^(٧٠) هي الرواية الصحيحة •

وفي رواية : انه لما تواعده ^(٧١) ان لم يل اجاب ، فوله قضاء
الرصافة التي بناها المنصور لابنه المهدي ، فقعد يومين لم يأته أحد ، فلما
كان اليوم ^(٧٢) الثالث حضره رجلان ، فادعى أحدهما على الآخر
درهمين وأربعة دنانق ^(٧٣) ، فانكره ، فطلب يمينه ، فقال [له] ^(٧٤) :
قل والله ، فشرع في اليمين ، فلما رأى اقدامه على اليمين ، دفع من ماله
ذلك ، ثم مرض من بعد يومين ، ثم مات بعد ستة أيام •

واقره على دواوين الازمة ، فلم يزل عليها الى ان توفي سنة ١٦٩ هـ
انظر تاريخ بغداد ٤١٤/٨ ، وفيات الاعيان ٢٩٤/٢ رقم ٢٣٥ ،
تهذيب تاريخ ابن عساكر ٣٠٨/٥ ، الوزراء والكتاب ١٢٥ ، البداية
والنهاية ١٥٨/١٠ ، الاعلام (ط ٤) ١٥/٣ •

(٦٨) الزيادة من س ب •

(٦٩) ب والمطبوعة : فلم يل ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س •

(٧٠) س : وهذه •

(٧١) س والمطبوعة : تواعده ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(٧٢) س : فلم •

(٧٣) س : في اليوم ، وهو الموافق لما في تاريخ بغداد ٣٢٩/١٣ •

(٧٤) ب والمطبوعة دوانيق ، وهو الموافق لما في تاريخ بغداد ٣٢٩/١٣ ،

وما اثبتناه عن الاصل وعن س •

(٧٥) الزيادة من س ب •

وروى الخطيب أبو بكر البغدادي^(٧٦) : ان يزيد بن عمر^(٧٧) بن هيرة أراد ابا حنيفة على ولاية قضاء الكوفة فأبى ، فضربه مائة سوط وعشرة اسواط ، في كل يوم عشرة اسواط^(٧٨) ، فلم يجبه ، فأطلقه ، ثم كلمه في ولاية بيت المال ، فأبى ، فضربه بالسياط ، ثم أطلقه •

وروى الخطيب أبو بكر^(٧٩) : ان الشافعي رضي الله عنه ولي القضاء بنجران من بلاد اليمن يومين أو ثلاثة ، ثم حمل الى بغداد • وهذه رواية ضعيفة جدا •

والصحيح ان ابا حنيفة والشافعي [٤/أ] رضي الله عنهما لم يليا القضاء البتة ، غير ان أصحاب أبي حنيفة ولوا القضاء ، فولى أبو يوسف^(٨٠) ، وهو اول من دعي بقاضي القضاة في الاسلام في ولاية موسى الهادي ، ثم

(٧٦) انظر تاريخ بغداد ٣٢٦/١٣ •

(٧٧) في الاصل وفي س ب والمطبوعة : عمرو ، وما أثبتناه عن كتب الترجمة وهو ابو خالد يزيد بن عمر بن هيرة ، من بني فزارة ، أمير وقائد من فواد الامويين ، ولي قنسرين لنوليد بن يزيد ، ثم جمعت له ولاية العراقين (البصرة والكوفة) في عهد مروان بن محمد ، كان خطيبا ، شجاعا ، قتله أبو جعفر المنصور في عهد أبي العباس السفاح سنة ١٣٢هـ انظر تاريخ الطبري ٤٥٠/٧ وما بعدها ، وفيات الاعيان ٣١٣/٦ رقم ٨١٨ ، المعارف ٣٦٩ ، تاريخ الاسلام للذهبي ٣١٥/٥ ، الاعلام (ط ٤) ١٨٥/٨ •

(٧٨) العبارة : (في كل يوم عشرة أسواط) سقطت من نسخة س •

(٧٩) لم أجد ذلك في ترجمة الشافعي من تاريخ بغداد ٥٦/٢ - ٧٢ رقم الترجمة ٤٥٤) وربما كان ذلك في الكتاب الذي وعد الخطيب بوضعه منفردا في سيرة الشافعي (انظر تاريخ بغداد ٧٢/٢) وقد روى هذا الخبر أبو بكر البيهقي في كتابه : مناقب الشافعي (تحقيق السيد أحمد صقر) ١٠٦/١ •

(٨٠) أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم تلميذ أبي حنيفة وهو معروف توفي ١٨٢هـ •

أقره الرشيد عليه • ثم ابنه يوسف (٨١) ، ثم محمد بن الحسن (٨٢) ،
وما زال قضاء بغداد من أصحاب أبي حنيفة من ذلك الزمن (٨٣) وهلم
جرا ، وكانت الرياسة لهم يومئذ ببغداد •

وكان اصحاب الشافعي رضي الله عنهم يدرهون الدخول فيه في
قديم الزمان ، افتاء لأثر الشافعي فيه ، واقتداء به ، وكان ابو
علي بن خيران صاحب ابي العباس بن سريج يعاتب ابا العباس

(٨١) يوسف بن ابي يوسف أقره هارون الرشيد بعد أبيه على قضاء
اجايب الغربي ولم يزل عنى انقضاء ببغداد الى وفاته ، وقد حدث
شيئا يسيرا ، توفي سنة ١٦٢هـ ، انظر ترجمته في اخبار القضاة
٢٥٥/١ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٨٢ ، ٣٢٦ ، الجواهر المضية ٢/٢٢٢ -
٢٣٥ رقم ٧٣٠ ، تاريخ بغداد ١٢/٢٦٦ - ١٦٧ رقم ٧١٠٧ طبقات
ابن سعد ج ٧ قسم ٢ ص ٧٨ - ٧٩ •

(٨٢) محمد بن الحسن اشيباني تلميذ أبي حنيفة وهو معروف توفي سنة
١٨٩هـ •

(٨٣) س : الزمان •

(٨٤) ب والمطبوعة : الزمن •

(٨٥) العبارة (واقتداء به) سقطت من نسخة س •

(٨٦) أبو علي بن خيران ، واسمه : الحسين بن صالح بن خيران ، الامام
الجليل الزاهد الورع ، طلبوه للقضاء فامتنع ، فحبسوه مدة وصبر
على امتناعه ، ثم اطلقوه ، كان من جلة الفقهاء الشافعية ، بل أحد
أركان المذهب كما يقول السبكي ، توفي سنة ٣٢٠هـ ، انظر
ترجمته في المجموع للنووي ١/٢١١ ، طبقات العبادي ٧ ، طبقات
ابن فاضي شهبة ، الورقة ١٧ ، طبقات السبكي ٣/٢٧١ رقم ١٧٦
وفيات الاعيان ٢/١٣٣ رقم ١٨٢ ، تاريخ بغداد ٨/٥٣ رقم ٤١١٨ •

(٨٧) أبو العباس بن سريج : الامام المشهور ، واسمه أحمد بن عمر ،
البغدادي شيخ الشافعية في عصره ، وعنه انتشر فقه الشافعي في
الآنق ، تولى قضاء شيراز ، وترك كثيرا من المصنفات ، توفي ببغداد
سنة ٣٠٦هـ انظر ترجمته في طبقات العبادي ٦٢ ، طبقات السبكي

ابن سريج على توليه^(٨٨) القضاء ، ويقول له^(٨٩) : هذا الامر لم يكن في اصحابنا ، انما^(٩٠) كان في أصحاب أبي خيفة^(٩١) .

وقال القاضي أبو الطيب :

طلب الوزير ابن الفرات^(٩٢) للمقتدر بالله^(٩٣) أبا علي بن خيران الشامي ليؤليه قضاء^(٩٤) القضاة ببغداد فامتنع^(٩٥) ، واحتفى اياما ، فحتمت

٢١/٣ ، رقم ٨٥ ، تاريخ بغداد ٢٨٧/٤ رقم ٢٠٤٤ ، طبقات الاسنوي ٢٠/٢ رقم ٥٩٣ ، طبقات الشيرازي ٨٩ ، وفيات الاعيان ٦٦/١ ، رقم ٢١ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٥٢/٢/١ ، المجموع شرح المذهب ٢١٢/١ طبقات ابن قاضي شهبة : الورقة ٢٧ .

(٨٨) س : توليته .

(٨٩) لفظة (له) سقطت من نسخة ب ، واثباتها عن مصحح الاصل وعن نسخة س .

(٩٠) س : وانما وكذا في المطبوعة ، وهو الموافق لما في وفيات الاعيان ١٣٣/٢ ، وما أثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب ، وعن طبقات السبكي ٢٧٢/٣ وطبقات الاسنوي ٤٦٣/١ وطبقات ابن هداية الله ص ٥٦ .

(٩١) عتساب أبي علي بن خيران لابي العباس بن سريج تجسده في كتب الترجمة التي مرت الاشارة اليها في احالات ترجمة ابن خيران .

(٩٢) ابن الفرات ، هو أبو الحسن علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات ، تولى الوزارة للمقتدر بالله ، وكان كاتباً قديراً ، قتل سنة ٣١٢ هـ ، انظر أخباره في : صلة تاريخ الطبري لعريب (دار المعارف) ١٠٤ ، وفيات الاعيان ٤٢١/٣ رقم ٤٨٧ ، تكملة تاريخ الطبري لمحمد بن عبد الملك الهمداني ٢٤٢ .

(٩٣) المقتدر بالله هو جعفر بن المعتضد أحمد بن طلحة بن المتوكل بن المعتصم الخليفة العباسي .

(٩٤) في نسخة س وفي المطبوعة : ليؤليه قاضي القضاة .

(٩٥) س : فامتنع منه .

حوانيته ليظهر ، فلم يفعل^(٩٦) .

فهذا ما صار اليه الائمة قولاً وفعلاً في تقليد القضاء والامتناع منه .

[٩] ووراء هذا كله أمر لا بد من التنبه له ، وهو^(٩٧) انا سنذكر ان شاء الله تعالى اقسام^(٩٨) الناس في القضاء على اضرب ، من جملتها من يتعين عليه فرضا^(٩٩) ، فهذا يحرم عليه الامتناع منه اذا طلب ، ويجب عليه الطلب .

ومن جملتها من هو فرض كفاية في حقه ، فهو مع من يسويه معرضون للائم ان امتنعوا كلهم ، على ما^(١٠٠) سنبينه ونصفه بأنه فرض عليه مباشرة .

فهذان قسمان لا يسمع من دخل فيهما الامتناع منه أصلاً .

ومن جملتها من يستحب له الدخول فيه اذا طلب ، وهذا لا يقال في حقه ان الاولى له الترك ، لأن المدبوق فعله خير من تركه بلا ارباب .
ومن جملتها من يباح له ، فهذا قد يقال : ان^(١٠١) الاولى له الامتناع .

(٩٦) خبر ان ابن الفرات طلب أبا علي بن خيران ليؤليه المقتدر قضاء
القضاة رواه السبكي في طبقاته ٢٧٢/٣ ، والخطيب في تاريخ بغداد

في طبقاته (تحقيق عادل نويهض) ٥٦ .

في طبقاته (تحقيق عادل نويهض) ٥٦ .

(٩٧) س : وهو سنذكر ٥٥ (بحذف لفظة : انا) .

(٩٨) س : اقسام .

(٩٩) س : فرض .

(١٠٠) س : على ما سننصفه ونبينه .

(١٠١) س : ان الامتناع له اولى .

اما من يحرم عليه الدخول فيه أو يكره فالامتناع^(١٠٢) خير له
لا شك فيه •

وسنكشف حقيقة هذه الاضرب ان شاء الله تعالى عقيب هذا
الفصل^(١٠٣) ، في فصل نقده في صفة القاضي وما يعتبر^(١٠٤) فيه من
الشروط •

★ ★ ★

(١٠٢) س : فلا شك ان الامتناع •

(١٠٣) س : عقيب هذا الفصل نعقبه في صفة القضاء •

(١٠٤) ب والمطبوعة : وما يتعين • وما اثبتناه عن الاصل وعن نسخة س

وعن الفصل الثاني الذي سيأتي حالا بعد هذه العبارة •

الفصل الثاني^(١) [٤/ب]

في

صفة القاضي وما يعتبر فيه من الشروط

[١٠] شرائط^(٢) القضاء عشرة :

الاسلام ، والحرية ، والذكورة ، والتكليف ، والعدالة ، والبصر ،
والسمع ، والنطق ، والكتابة^(٣) ، والعلم بالاحكام الشرعية^(٤) .
[١١] واحترزنا^(٥) بالاسلام والحرية والذكورة والتكليف عن
الكافر والعبد والمرأة والصبي ، فهؤلاء ليسوا من أهل القضاء ، وان ولوا
لم تعتد ولايتهم ، ولا أحكامهم .

[١٢] والمكاتب في معنى العبد [وكذا المدبر ، وحرر البعض
والعشي]^(٦) ، والمجنون في معنى الصبي .

-
- (١) وقع هذا الفصل في الورقة ٢١٠٥ من نسخة ط ، وفي الصفحة ١٥٨
من نسخة ق ، وقد ورد فيهما العنوان : فصل من صفات القاضي .
(٢) ق ط : الشروط المعتبرة في القاضي عشرة .
(٣) ورد في حاشية الاصل تعليقا على كلمة (الكتابة) قوله : (الاصح
ان القاضي يجوز ان يكون اميا ، او هذه تصحيفة ، فان الكفاية
شرط كما في المنهاج وغيره ، لكن ذلك وجه ضعيف اعني الكتابة ،
لكن كلامه بعد صريح في عدم التصحيف) .
(٤) العبارة في ق ط : (والعلم بالاحكام الشرعية والاصح جواز تولية
من لا يحسن الكتابة قال ابن أبي الدم : واحترزنا بالعدالة عن
الفاسق) أي بزيادة جملة وحذف شيء من الكلام .
(٥) ب : احترزنا . (بحذف الواو) وكذا في المطبوعة .
(٦) الزيادة من س ومن حاشية ب .

[١٣] واحترزنا بالعدالة عن الفاسق ، فلا تصح ولايته ، ولا ينفذ حكمه ، ولا يقبل قوله^(٧) ، لانه لا تقبل شهادته ، قدم قبول حكمه اولى ، فلو ولاه الامام أو نائبه أو ذو شوكة^(٨) ، وحكم^(٩) بين الناس على فسقه لم تنفذ أحكامه قطعا لا شك فيه ، لا نعرف فيه خلافا ، وبه قطع العراقيون والمرائزة ، الا ما حكاه^(١٠) الشيخ أبو حامد الغزالي^(١١) ، فانه قال^(١٢) : يعصي السلطان بتفويض القضاء الى الفاسق والجاهل ، ولكن بعد ان ولاه فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة •

هذا كلامه ، ولا اعلم أحدا قلله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات [فيه]^(١٣) •

ونحن اذا نفذنا حكم قاضي البغاة فلا بد من ان يكون مع علمه متاولا في خروجه مع البغاة ، ولا بد من تأويل حمل البغاة على بضيم • هذا لا خلاف فيه ، فكيف تنفذ أحكام قاضي أهل العدل مع فسقه وعلمه^(١٤) بفسقه ، الفسق الذي لا تأويل فيه^(١٥) •

(٧) س : ولا يقبل قوله ولا تقبل شهادته •

(٨) س ب والمطبوعة : ذو الشوكة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ط ق •

(٩) س والمطبوعة : فحكم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ط ق •

(١٠) س : خلافا للامام حكاه الشيخ أبو حامد ، أي بزيادة عبارة (خلافا للامام) واسقاط اداة الاستثناء والحرف (ما) وهي زيادة لم توجد في الاصل ولا في ب ط ق •

(١١) الشيخ أبو حامد الغزالي محمد بن محمد بن محمد حجة الاسلام صاحب الاحياء والمستقصى والكتب النافعة ، وهو اشهر من ان يعرف توفي سنة ٥٠٥ هـ •

(١٢) انظر قوله في الوجيز ٢/٢٣٧ •

(١٣) الزيادة من س ب ط ق •

(١٤) ط : وعلم •

(١٥) ورد في نسخة ط ونسخة ق بعد هذا الكلام ما صورته : (وقوله اذا

[١٤] ثم اعلم ان الفسق المانع من تواليه القضاء هو الفسق يارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التي ^(١٦) يعتقدونها المكلف حراما ، ويرتكبها متبعا ^(١٧) شهوات نفسه .

اما ان فسق باعتقاد تعلق فيه بشبهة ^(١٨) اوجبت له تأويلا ، تأول به خلاف الحق ، ففي جواز تقليده القضاء وجهان حكاهما الماوردي ^(١٩) ،

لم تقبل شهادته فعدم قبول حكمه اولى ، هذا قد يعترض عليه بالامام الاعظم ، فانه يصح ان يكون وليا في النكاح ، ولا ينقصد النكاح بشهادته كما صرح به المتولي في التتمة ، وأيضا فاننا اذا نفذنا احكام الامام الاعظم اذا كان فاسقا للضرورة ، نفذنا احكام نوابه للضرورة ، والا لادى الى تعطيل الاحكام ، واذا نفذنا الاحكام للضرورة ثم زالت وحصلت دولة عادلة ، وامام عادل ، فالقياس نقض تلك الاحكام ، ويصير ذلك كالتيميم يبطل برؤية الماء ، وهذا صريح اطلاقه في التنبيه حيث قال : فان كان الذي قبله لا يصلح للقضاء نقض احكامه كلها اخطا فيها أو اصاب ، وعلى هذا فتعاد عقود الانكحة ، وما توقفت صحته على حكم الحاكم ، ولا بد في الحاكم ان يكون مجتهدا ، لكن شرائط الاجتهاد يعز وجودها في زماننا ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق . الخ) مما سيرد بعد قليل ، وقد وقعت هذه الزيادة في الورقة ١٠٥ ب من نسخة ط وفي الصفحة ١٥٩ من نسخة ق ، والمراد من قوله (التنبيه) هو كتاب التنبيه في الفقه على مذهب الامام الشافعي لابي اسحاق الشيرازي ، وقد تصحف في المطبوعة الى ((البينة) نقلا عن نسخة ط التي ورد فيها بلفظ (البينة) وانظر عبارته في كتاب التنبيه (ط : مصطفى الحلبي ١٩٥١) ص ١٥٤ .

(١٦) في الاصل : الذي .

(١٧) في ب وفي المطبوعة : تنبعا ، وفي س : وتركبها شهوات نفسه .

(١٨) في الاصل : بشبهة أو له تأويلا (يسقط الحروف الثلاثة الاخيرة من لفظة (اوجبت) وما اثبتناه عن س ب .

(١٩) الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي

ثم قال : فلو صحت ولاية الحاكم العدل ، ثم طرأ عليه الفسق (٢٠) بعد صحة ولايته ، ان طرأ فسقه بأفعال يتبع بها شهواته بطلت ولايته ، وان طرأ فسقه باعتقاد تأوله (٢١) هل تبطل ولايته ؟ فيه وجهان اصحهما لا تبطل (٢٢) [٥/أ] .

ثم اختلف الاصحاب في القاضي اذا فسق ، هل يعزل بنفس الفسق أم لا بد من عزله من جهة الامام ؟

أحد اعلام الفقه الشافعي البارزين ، كان حافظاً للمذهب ، عظيم القدر متقدماً عند السلطان ، لقب بلقب اقضى القضاة ، وهو أول من تلقب به ، وقام بدور السفارة بين الخليفة وملوك الاقاليم ، له المصنفات الكثيرة ، واشهرها كتاب الحاوي الكبير في فروع الفقه الشافعي الذي يشهد له بالعلم الواسع والفضل الكبير والاطلاع على المذهب ، ومن تأليفه الاحكام السلطانية وأدب الدنيا والدين وتفسير النكت والعيون وغير ذلك توفي سنة ٤٥٠ هـ ، وقد ذكرنا مصادر ترجمته في مقدمة كتاب أدب القاضي (وهو قسم من كتاب الحاوي) الذي قمنا بتحقيقه وطبع منه جزءان ببغداد ١٩٧١ - ١٩٧٢) وفي ما ذكرناه تنمة لذلك في هامش مقالتنا في التعريف بكتاب (تسهيل النظر) للماوردي الذي حققناه ، وقد نشر ذلك التعريف في مجلة المجمع العلمي العراقي المجلد ٨ لسنة ١٩٧٧ ص ٢١١ وقد حكى الماوردي الوجهين اللذين ذكرهما المؤلف في كتاب أدب القاضي . ٦٣٥/١

(٢٠) س : ثم طرأ عليه الفسق صحت ولايته .

(٢١) س ب : تأوله به .

(٢٢) جاء في هامش نسخة ب ما نصه : وكذا لو اغشى عليه أو عمي أو صم أو ارتد أو أخذ الرشوة أو خرج عن اهلية الضبط والاجتهاد لغفلة أو نسيان . انتهى وكلام الماوردي تجده بلفظ مقارب في أدب القاضي ٦٣٦/١ .

فيه وجهان ، أصحابهما ينزل بمجرد فسقه^(٢٣) ، ويحرم عليه
والحالة هذه متى فسق ان ينصب نفسه للحكم^(٢٤) ، ويحكم بين اثنين ،
ويجب عليه رفع حاله^(٢٥) السيئة الى ولي الامر ليولي على المسلمين
عدلا غيره .

قال الاصحاب : فلو تاب وحسن^(٢٦) حاله ، وقلنا ينزل بنفس
الفسق ، فهل^(٢٧) يعود قاضيا من غير تولية ؟ فيه وجهان ، أصحابهما عندي
انه لا يعود .

وعلى هذا لو جنّ أو أغمي عليه هل ينزل ؟ فيه وجهان ، فان
قلنا ينزل فمتى أفاق هل يعود قاضياً ؟ فيه وجهان ، أصحابهما عندي أنه
يعود^(٢٨) .

[١٥] واحترزنا بالبصر عن العمى ، فلا يصح تقليده القضاء على
المذهب الصحيح .

وحكى الجرجاني^(٢٩) قولاً قديماً بهذا انه يصح توليته ، وهو قول

(٢٣) ب : بمجرد فسقه ولم ينفذ حكمه أيضا ويحرم عليه . . وكذا في
المطبوعة بزيادة جملة لم ترد في الاصل ولا في س .

(٢٤) س : للحكم بين الناس ويجب عليه . .

(٢٥) في هامش ب : (حال) .

(٢٦) ب والمطبوعة : وحسنت .

(٢٧) س ب والمطبوعة : هل .

(٢٨) جاء في هامش الاصل : الاصح ينزل بالاغماء والجنون . وجاء في

هامش نسخة ب : الاصح ان ولايته لا تعود الا بتولية جديدة ، انتهى ،

وذلك نص عليه النووي في المنهاج انظر معنى المحتاج ٣٨١/٤ ونهاية

المحتاج ٢٣٢/٨ .

(٢٩) الجرجاني : الحافظ الحجة أبو نعيم عبد الملك بن محمد بن عدي

الاسترأبادي ، أحد أئمة المسلمين فقها وحديثا ، وذو الرحلة

الواسعة ، مع الصدوق والورع والتيقظ أخذ عن الربيع صاحب

غريب لم أر أحدا حكاه غيره^(٣٠) ، ومثله لا يعد من المذهب .
 [١٦] واحترزنا بالسمع^(٣١) عن الاصم . فان كان بحيث لا يسمع
 اصلا^(٣٢) تصح توليته ، وان كان بحيث يسمع لو اسمع صحت^(٣٣) .
 (١٧) واحترزنا بالنطق عن الآخرس الذي تفهم^(٣٤) اشارته ، فني
 صحة ولايته قولان حكاهما الشيخ أبو علي^(٣٥) ، كالقولين في سماع
 شهادته .

الشافعي ، وتقدم في العلم حتى شئت اليه الرجال ، وخلف التصانيف
 النافعة في الفقه وغيره . تلقاها الناس بالقبول توفي سنة ٣٢٣هـ .
 انظر ترجمته وأخباره في طبقات الشيرازي ٨٥ ، تاريخ بغداد
 ٤٢٨/١٠ رقم ٥٥٨٦ ، طبقات العبادي ٥٥ ، تاريخ جرجان (ط :
 الهند) ص ٢٩٩ رقم ٤٦٦ ، وصفيحة ٦٢١ رقم ١١١٨ ، تذكرة
 الحفاظ ٨١٦ رقم ٨٠٣ ، طبقات الاسنوي ٧٠/١ رقم ٤٩ ، طبقات
 السبكي ٣٣٥/٣ رقم ٢١٣ .

(٣٠) قوله (غيره) ليس في نسخة س .
 (٣١) س : بالسمع .
 (٣٢) ب والمطبوعة : لم تصح .
 (٣٣) س : صح .
 (٣٤) س : لا تفهم (وهو سهو) لأن الذي لا تفهم اشارته لا تصح
 ولايته .

(٣٥) الشيخ أبو علي : الحسين بن شعيب بن محمد السنجي الفقيه
 الشافعي ، أحد المتقنين المحققين ، وعالم خراسان ، وأول من جمع
 بين طريقتي العراق وخراسان تفقه بخراسان على أبي بكر القفال
 المروزي وبغداد على الشيخ أبي حامد ، صنف شرح المختصر ، وهو
 الذي يسميه امام الحرمين : المذهب الكبير ، وشرح تلخيص ابن
 القاص ، وشرح فروع ابن الحداد ، توفي سنة ٤٣٠هـ وقيل نيف
 وثلاثين ، انظر تهذيب الاسماء واللفات ٢٦١/٢/١ معجم البلدان
 ١٦١/٣ ، طبقات ابن هداية الله (بغداد) ٤٨ و (بيروت) ١٤٢ ،
 طبقات الاسنوي ٢٨/٢ رقم ٦٠٢ ، طبقات السبكي ٣٤٤/٤ رقم
 ٣٨٩ ، وفيات الاعيان ١٣٥/٢ رقم ١٨٤ .

وقطع البغوي (٣٦) بعدم الصحة (٣٧) .

[١٨] واحترزنا بالكتابة عن الأمي ، وهو الذي لا يحسن الكتابة ،

ففي صحة ولايته وجهان مشهوران (٣٨) .

[١٩] واحترزنا بالعلم بالأحكام الشرعية عن الجاهل بها ، فلا تصح

توليته بلا خلاف (٣٩) .

وشرط صحة تولية القضاء على مذهب امامنا رضي الله عنه ضم (٤٠)

الاجتهاد المطلق وهو ان يكون عالما بالكتاب والسنة والاجماع والقياس

وأقوال الناس ولغات العرب (٤١) .

فعلمه بالكتاب (٤٢) العزيز : هو ان يعلم الآيات المتعلقة بالأحكام ،

(٣٦) البغوي : الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي محيي

السنة ركن الدين أبو محمد المفسر والمحدث والفقيه ، كان ديناً ورعاً

قانعاً ، تفقه على القاضي حسين وحدث عنه ، وله من التصانيف

معالم التنزيل في التفسير ، شرح السنة ، المصابيح ، التهذيب ،

الجمع بين الصحيحين ، الفتاوى ، وغير ذلك توفي سنة ٥١٦ هـ وقيل

٥١٠ ، انظر تذكرة الحفاظ ١٢٥٧/٤ رقم ١٠٦٢ ، طبقات المفسرين

للدوردي ، ١٥٧/١ رقم ١٥٤ ، طبقات المفسرين للسيوطي ١٢ رقم

٣٥ ، طبقات السبكي ٧٥/٧ رقم ٧٦٧ ، طبقات الاسنوي ٢٠٥/١

رقم ١٧٧ ، وفيات الاعيان ١٣٦/٢ رقم ١٨٥ .

(٣٧) انظر بشأن هذه المسألة أدب القاضي للماوردي ١/٦٢٤ ، مغني

المحتاج ٤/٣٧٥ ، نهاية المحتاج ٨/٢٢٦ ، المهذب ٢/٢٩١ ، الروضة

٩٧/١١ .

(٣٨) انظر بشأن ذلك انروضة ٩٧/١١ .

(٣٩) انظر هذه المسألة في أدب القاضي للماوردي ١/٦٣٧ .

(٤٠) لفظة (ضم) سقطت من ب س والمطبوعة .

(٤١) س ب والمطبوعة : ولسان العرب .

(٤٢) ب : الكتاب .

و [يعرف]^(٤٣) ناسخه ومنسوخه ، [وخاصة وعامه]^(٤٤) ومطلقه
ومقيده ، ومحكمه^(٤٥) ومجمله ، ومينه ومفصله •

وان يعلم من السنة ما يتعلق بالاحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصة
وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواتر منه والآحاد
[والمستفيض]^(٤٦) والمرسل ، والمسند^(٤٧) والمنقطع والمتصل ، وحال
الرواة ، وجرحهم وتعديلهم • [٥/ب]

ويعلم الاجماع ومسائله ، والاختلاف الواقع بين أهله • ويكون علما
بالقياس وطرقه ، واصله وفروعه^(٤٨) ، وشروطه ، وما يفسد به ،
ويكون متمكنا من استنباط الاحكام ودركها واستخراجها من اصولها ،
عارفا بطريق^(٤٩) النظر ، خيرا بالدلة ، ومعانيها ، وطرقها ، ومبانيها ،
ونظمها ، ووضعها ، وأنواع الاقيسة ، وما يعتبر فيها ، ويكون عارفا
بلسان العرب كالامر والنهي ، والخبر والاستخبار ، والوعد والوعيد ،
والنداء وافسام الاسماء والافعال والجروف وما لا بد منه في فهم معاني كلام
الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم
بلغه العرب من ألفاظه •

(٤٣) الزيادة من س ب •

(٤٤) الزيادة من س ب •

(٤٥) س ب : ومجمله ومحكمه •

(٤٦) الزيادة من س ب •

(٤٧) قوله (والمسند) ليس في س •

(٤٨) س المطبوعة : وفرعه وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ، وقد سقطت

هذه الفقرة كلها من ظ •

(٤٩) ب المطبوعة : بطرق •

[٢٠] اذا عرفت هذا فاعلم ان هذه الشروط^(٥٠) يعزّ وجودها في زماننا هذا في شخص من العلماء ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد^(٥١) مطلق ، هذا مع تدوين العلماء كتب التفسير والسنن والفقه والاقيسة والاصول والفروع ، والبحث عن أحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم ، حتى ملأ العلماء الماضون الارض من مصنفات صنفوها وابتدعوها ، وسهل على الفقيه المتأخر تناول ذلك وحفظه ودرسه الاحكام منه ، ومعرفة بحفظ ما تعب عليه من تقدم ، ومع هذا فليس يوجد في صقع من الاصقاع مجتهد مطلق ، بل ولا مجتهد في مذهب امام واحد تعتبر اقواله وجوها^(٥٢) مخرجة في مذهب امامه . وما^(٥٣) ذاك عندي الا لان الله تعالى اعجز الخلاق في هذا ، وصرف همهم عن^(٥٤) دركه وبلوغه ، اعلا ما منه جل جلاله عباده بتصرّ الزمان وقرب الساعة ، وان ذلك من اشراطها ودلائلها وقد قال الشيخ أبو بكر القفال المروزي^(٥٥) امام المراوزة وشيخهم رضي الله عنه :

(٥٠) ب والمطبوعة : انشرايط .

(٥١) في الاصل : من مجتهد بزيادة لفظة (من) وما أثبتناه عن س ب ق ط .

(٥٢) في الاصل : وجها يخرجها وما اثبتناه عن ب ط ق ، وقد سقطت هذه العبارة من س .

(٥٣) ب ق ط والمطبوعة : ما ذاك (بسقوط انوا) .

(٥٤) س ب والمطبوعة : همهم ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ق ط .

(٥٥) أبو بكر القفال المروزي : عبدالله بن أحمد بن عبدالله الفقيه الشافعي المعروف بالقفال اذا اطلق تمييزا عن القفال الكبير (محمد بن علي بن اسماعيل) ابتداء المروزي بطلب العلم على كبر بعد ان كان قد افنى شبيبته في عمل الاقفال . فتفقه على الشيخ أبي زيد المروزي وتخرج به وروى عنه وعن جماعة بمر وبخاري ويكنند وهراة ، وتقدم في العلم حتى كان وحيد زمانه فقهيا وحفظا وورعا وزهدا ، وله في مذهب

المسؤول قسمان : احدهما من جمع شرائط الاجتهاد ، فيقضي ويقضي
باجتهاده وهذا لا يوجد .

والثاني : من يتحلل مذهب واحد من الاثمة ، اما الشافعي أو أبي ^(٥٦)
حنيفة رضي الله عنهما ، أو غيرهما [١/٦] وعرف مذهب امامه ، وصار
حاذفا فيه ، بحيث ^(٥٧) لا يشذ ^(٥٨) عنه شيء من اصول مذهبه
ومنصوصاته ، فاذا سئل عن حادثه ان عرف لصاحبه نصا اجاب عليه ،
وان لم تكن المسألة منصوصة ، له ان يجتهد فيها ^(٥٩) على مذهبه ،
ويخرجها على اصول صاحبه ، ويقضي بما اداه اليه اجتهاده ، وهذا ايضا
اعز من الدبريت الاحمر .

فاذا كان هذا قول الشيخ انفعال مع جلالة قدره في العلم ، وتوكله
صاحب وجه في المذهب الشافعي ، ومقالة منقولة عنه ^(٦٠) ، بل تلامذته

الامام الشافعي من الآثار ما ليس لغيره من أبناء عصره ، وتخليجه
كلها جيدة ، والزامه لازمة ، وانتفع به الناس ، ونخرج عليه
الشيوخ القاصي حسين ووالد امام الحرمين الجويني ونيرهم ،
وكانت وفاته سنة ٤١٧ هـ ، انظر : طبقات السبكي ٥٢/٥ رقم
٤٢٦ ، وفيات الاعيان ٢٦/٢ رقم ٢٢١ ، طبقات الاسنوي ٢٩٨/٢
رقم ٩١٨ ، طبقات العبادي ١٠٥ ، شذرات الذهب ٢٠٧/٢ ، طبقات
ابن عداية الله ٤٥ .

(٥٦) ب س ق ظ : ابو وما اثبتناه عن الاصل .

(٥٧) ب : فحيث .

(٥٨) س : لا يشك .

(٥٩) ق ظ : ان وجد .

(٦٠) الزيادة من ب س ق ظ .

(٦١) (ومقالة منقولة عنه) هذه العبارة سقطت من ق ظ .

(٦٢) في الاصل : بل عن تلامذته وما أثبتناه عن نسخة ب وهو المرافق لما

في المطبوعة وقد سقطت الجملة من س ق ظ .

وعلمانه أصحاب وجوه في المذهب ، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة ؟ ومن جملة علمانه والمنتسبين اليه القاضي حسين المروزي^(١١١) ، والشيخ أبو القاسم الفوراني^(١١٢) ، والشيخ أبو محمد الجويني^(١١٣) ، والد^(١١٤) إمام الحرمين ، والمسمودي^(١١٥) ،

(١١٢) القاضي حسين المروزي : هو أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي ، وهو المراد إذا أطلق لقب القاضي عند الفزالي والجويني والخراسانيين ، لما في الروايات ، وهو أحد أئمة الفقه المذنبين ، أحد الفقه بخراسان عن أبي بكر بغداد المروزي وعصف في الأصول والفروع والحديث ، ولم يكن يحسم ويعرس ويفتي ، أحد عنه الفقه جماعة من الأعيان منهم أبو محمد الحسين بن مسعود الغراء البغوي وغيره ، توفي سنة ٤١٦ هـ بمروزي ، انظر ترجمته في طبقات العبادي ١١٢ ، طبقات الاسنوي ٢٠٧/١ رسم ٢٦١ ، طبقات السبكي ١٥١/٢ رسم ١٦١ ، طبقات ابن هدياه (ط : بغداد) ٥٧ ، و (ط : بيروت) ١٦٢ ، وفيات الأعيان ١١٤/١ رسم ١٨٢ ، تهذيب الاسماء والنبات ١٦٤/١ رسم ١١٥ .

(١١٣) الشيخ أبو القاسم الفوراني : عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن نوزان الفوراني بضم الفاء صاحب الإبانة ، ومن أهل مرو ، كان حافظاً للمذهب ، تنسب على أبي بكر النعمان وزوي عنه ، أحد عنه جماعة منهم المتولي وأتقى عليه في أوائل كتاب (المنتقى) الذي وضعه لأنتمته للإبانة ، لكن إمام الحرمين استقصه وحفظ عليه بذكر حجة ، توفي الفوراني بمرو سنة ٤٦١ هـ ، انظر طبقات الاسنوي ٢٥٥/١ رسم ٨٧٠ ، طبقات السبكي ١٠٦/٥ رسم ٤٥٥ ، العبر ٢٤٧/١ ، طبقات الفقهاء لابن الصلاح بتهذيب النووي سورة ٨٦ .

(٦٥) الشيخ أبو محمد الجويني : والد إمام الحرمين واسمه عبدالله بن يوسف بن عبدالله بن يوسف بن محمد بن حيويه ، العالم الزاهد الملقب بركن الإسلام ، له المعرفة التامة بالفقه والأصول والنحو والتفسير والأدب ، تفقه على جماعة من الفقهاء منهم أبو الطيب الصعلوكي والقفال المروزي ، وعاد إلى نيسابور وقعد للتدريس

والصيدلاني^(٦٨) ، والشيخ أبو علي السنجي^(٦٩) ، وجماعة غيرهم ،

وانفتوى ومجلس المناظرة توفي سنة ٤٥٨ هـ انظر أخباره في طبقات
الاسنوي ١/٢٢٨ رقم ٢٠٥ ، طبقات السبكي ٥/٧٢ رقم ٢٣٦ ، العبر
١٨٨/٣ وفيات الاعيان ٣/٤٧ رقم ١٢٢ .
(٦٦) في الاصل : وكذا امام الحرمين ، وما أثبتناه عن سائر الاصول ،
وامام الحرمين هو ضياء الدين أبو المعالي عبد الملك بن الشيخ ابي محمد
الجويني المذكور ، أحد الفقهاء الكبار ، تتلمذ على ابيه وروى عنه ،
وانفقوا على جلالة قدره ، وله نهاية المطلب في دراية المذهب والشامل
في اصول الدين وغير ذلك توفي سنة ٤٧٨ هـ انظر وفيات الاعيان
٣/١٦٧ رقم ٣٧٨ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت) ١٧٤ ، طبقات
السبكي ٥/١٦٥ رقم ٤٧٥ ، تبين كذب المفتري ٢٧٨ ، المنتظم
٩/١٨ ، العبر ٢/٢٩١ ، طبقات الاسنوي ١/٤٠٩ رقم ٣٦٧ .
(٦٧) المسعودي : الامام أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن مسعود بن أحمد
ابن محمد بن مسعود المسعودي المروزي ، أحد أئمة أصحاب القفال
المروزي ، كان اماما مبرزاً زاهدا حافظا للمذهب ، شرح مختصر
المزني ، توفي سنة ثيف وعشرين وأربعمائة بمرو انظر ترجمته في
وفيات الاعيان ٤/٢١٣ رقم ٥٨٥ ، طبقات السبكي ٤/١٧١ رقم
٣٢٩ ، الوافي بالوفيات ٣/٣٢١ ، طبقات الاسنوي ٢/٢٨٥ رقم
١٠٣٠ ، وهو فيه محمد بن عبد الملك بن مسعود ، وكذا في طبقات
ابن هداية الله ١٣٧ .

(٦٨) الصيدلاني : أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف
بالصيدلاني وبالدأودي ، تلميذ القفال المروزي ، كان اماما في الفقه
والحديث وله مصنفات جليلة منها شرح مختصر المزني " لم يذكروا
تاريخ وفاته ، وقاله محقق كتاب طبقات ابن هداية الله انه توفي نحو
سنة ٤٢٧ هـ انظر ذلك فيه في الصفحة ١٥٣ وانظر عنه طبقات
السبكي ح ٤ ص ١٤٨ ، ح ٥ ص ٢٦٤ الارقام ٣٢٢ ، ٥٦١ طبقات
الاسنوي ٢/١٢٩ رقم ٧٢٥ ، وذكر استطرادا في الانساب في ترجمة
حفيده أبي المظفر سليمان بن داود بن محمد (الانساب ٥/٢٩٧) .
(٦٩) الشيخ أبو علي السنجي : مرت ترجمته قبل قليل .

وبموت هؤلاء في خراسان وما قرب منها ، وموت أصحاب الشيخ أبي حامد الاسفرايني^(٧٠) بالعراق^(٧١) ، ومنهم المحاملي^(٧٢) ، وأقضى القضاة الماوردي^(٧٣) والقاضي أبو الطيب الطبري^(٧٤) وبقية^(٧٥) هذه الطبقة انقطع الاجتهاد وتخريج الوجوه في مذهب الشافعي ، فلا يعد احد^(٧٦) [من] بعد هؤلاء صاحب وجه في المذهب ، ولا مقالة فيه ، وإنما هم

(٧٠) الشيخ أبو حامد الاسفرايني ، أحمد بن محمد بن أحمد ، أحد انشيوخ المشهورين وذو الاصحاب الذين طبقوا الارض ، ولد سنة ٣٤٤هـ وقدم بغداد فدرس على ابن المرزبان ، فلما مات لزم الداركي ، وأقام ببغداد مشغولا بالعلم ، حتى صار فريد زمانه وانظرهم ، توفي سنة ٤٠٦هـ ، انظر تاريخ بغداد ٣٦٨/٤ رقم ٢٢٣٩ ، طبقات الاسنوي ٥٧/١ رقم ٢٨ ، طبقات السبكي ٦١/٤ رقم ٢٧٠ ، طبقات ابن قاضي شعبة الورقة ٢٣٣ ، تهذيب الاسماء واللفات ٢١٠/٢/١ ، المجموع شرح المذهب ٥٥١/١ ، العبر ٩٢/٣ .

(٧١) ط : في العراق

(٧٢) المحاملي : أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل الضبي البغدادي ويعرف أيضا بابن المحاملي ، وكذلك آباؤه وأجداده يعرغون بالمحامليين وبأولاد المحاملي ، لأن بعض أجدادهم كان ببغداد يبيع المحامل التي يركب فيها في الاسفار . تفقه أبو الحسن على الشيخ أبي حامد ، وبرع في الفقه ، وله التصانيف المشهورة ، كالمجموع والمقنع وغيرها ، توفي سنة ٤١٥هـ ، انظر طبقات الاسنوي ٢٨١/٢ رقم ١٠٢٣ ، طبقات السبكي ٤٨/٤ رقم ٢٦٥ ، العبر ١١٩/٣ ، تاريخ بغداد ٣٧٢/٤ رقم ٢٢٤٥ ، طبقات ابن الصلاح ٣٥ ، المنتظم ١٧/٨ .

(٧٣) اقضى القضاة الماوردي مرت ترجمته .

(٧٤) القاضي أبو الطيب الطبري : مرت ترجمته .

(٧٥) س : وبقناه .

(٧٦) س : ولا واحد .

(٧٧) الزيادة من الاصول : س ب ط ق .

نفلة للمذهب ، وحفظه لكتب مشايخهم ، وناقولون مذاهبهم ووجوههم ، ويقع التفاوت بينهم بكثرة النقل وجودة الحفظ والضبط ، وصفاء الذهن ، وحدة الخاطر ، وزكاة^(٧٨) النظر ، وصحة الفكر ، فصارت الطبقة المتأخرة بالنسبة الى مشايخهم ذوي^(٧٩) الوجوه في المذهب كمشايخهم بالنسبة الى من تقدمهم ، وقد رويانا في كتبنا المصنفة في طبقات العلماء^(٨٠) ان الحنفية كانوا يقولون في زمن الشيخ أبي حامد الاسفرايني : انه افقه وانظر من الشافعي ، مع عظمة الشيخ أبي حامد عندهم ، فانهم كانوا والشافعية وبقية الطوائف مجتمعين على تقديمه وتفضيله ، فلما سمع الشيخ أبو حامد ذلك بكى ، وقال : ابن نحن من تلك الطبقة ؟ [٦/ب] ما^(٨١) نحن وهم الا كما قال الشاعر :

نزلوا بمكة في قبائل نوفل . ونزلت بالطحاء ابعد منزل^(٨٢)
وكان اذا جرى ذكر أبي العباس بن سريج وعلمه يقول : نحن نجري مع أبي العباس في ظواهر الفقه ، فاما في بواطنه فلا نجري معه ، وهذا انصاف مستحسن من العلماء في تقديم^(٨٣) من تقدم على من تأخر^(٨٤) .

(٧٨) الزكاة والزكن الذكاء الحاد ، وقد وردت في ب والمطبوعة بلفظ : وركانة ، وفي ظ ق : وذكاوة النظر ، وقد سقطت هذه العبارة من نسخة س .

(٧٩) س : دون الوجوه ، وقد سقط هذا السطر من ظ ق .

(٨٠) س والمطبوعة : طبقات الفقهاء .

(٨١) س : وما نحن .

(٨٢) انظر هذه القصة في وفيات الاعيان ٧٣/١ ضمن ترجمته رقم ٢٦ ، طبقات السبكي ٦٤/١ ، طبقات الشيرازي ١٠٣ وفيها (ونزلت بالبيداء) .

(٨٣) في الاصل : في تقدم وما أثبتناه عن س ب ظ ق .

(٨٤) انتقلت نسختنا توقيف الحكام (ظ ، ق) بعد هذا الكلام مباشرة الى قوله : (واذا لم يوجد هؤلاء في هذا الزمان فلا بد من جزم القول

عدنا الى ما نحن بصدد (٨٥) ووضعه • وقال الاصحاب : المجتهد في مذهب واحد هل ان يقضى ويفتى (٨٦) ؟ فيه وجهان •

[٢١] والذي أراه بعد هذا كله ان الاجتهاد المطلق والمنقيد (٨٧) انما كان (٨٨) يشترط في الزمن الاول الذي ما يعرى فيه كل اقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فاما في زماننا هذا ، و [قد] (٨٩) خلت الدنيا منهم ، وشفر الزمان عنهم ، فلا بد من جزم (٩٠) القول ، والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة ، وهو ان يكون عارفا بغالب مذهب ومنصوصاته وأقواله المخرجة ، وأقوال أصحابه (٩١) علما بذلك ، جيد الذهن ، سليم الفطرة (٩٢) ، صحيح الفكر (٩٣) ، حافظا للمذهب ، وصوابه (٩٤) أكثر من خطئه ، مستحضرا

بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من الائمة .. الخ (

وهو الذي سيرد بعد قليل •

(٨٥) س ب والمطبوعة : بصدد وضعه •

(٨٦) س ب والمطبوعة : أو يفتى •

(٨٧) س ب والمطبوعة : أو المقيّد •

(٨٨) س : انما كان في الزمن •

(٨٩) الزيادة من س ب •

(٩٠) س : جزم (بالحاء المهملة) •

(٩١) عبارة ق ط : واذا لم يوجد هؤلاء في هذا الزمان فلا بد من جزم

القول بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب امام من

الائمة ، وهو ان يكون عارفا بغالب مذهب ومنصوصاته وأقواله

المخرجة وأقوال أصحابه ، واذا ولي الامام حاكما في بلدة ، وفيها

من هو أفضل منه هل تنعقد ولاية الفضول ؟ فيه خلاف .. الخ

وهو الذي سيرد في الفصل الثالث التالي •

(٩٢) س : سليم الفطنة ، وهو الذي ثبته محقق المطبوعة •

(٩٣) في المطبوعة : سليم الفطنة صحيح الفكر والفطرة •

(٩٤) ب والمطبوعة : صوابه (بسقوط الواو) •

لما قاله (٩٥) أثمته ، قادرا على استخراج المعاني المفهومة من الالفاظ المنقولة ، عارفا بطرق النظر ، وترجيح الادلة ، قياسا ، فهما ، فطنا ، قادرا على معرفة الادلة ، ووضعها ، وترتيبها ، واقامتها على الاحكام المختلف فيها ، متمكنا من ترجيح الادلة ، بعضها على بعض .

فالمُتَصَف (٩٦) بهذه الصفات هو الذي تصح توليته القضاء في زماننا هذا ، ولا أقل من ذلك .

ويجب القطع بنفوذ أحكامه ، وصحة تقليده ، وقبول فتواه ، في هذا الزمن الذي يعز (٩٧) فيه وجود مثل من هذه صفته .

[٢٢] ثم ينبغي ان يضم الى ما ذكرنا (٩٨) من الشروط وفاقا وخلافا الكفاية (٩٩) اللائقة بالقضاء ، وهي عبارة عن التمييز (١٠٠) والاستقلال بالامر ، وموادة (١٠١) النفس على الجدة فيما (١٠٢) هو بصدده ، وهذا بضاهي من صفات الامام النجدة (١٠٣) .

[٢٣] وذكر بعض الائمة استحباب صفات أخرى، ظاهر استحبابها [٧/١]،

(٩٥) س : مستحضرا لمقالة اثمته .

(٩٦) س : والمتصف .

(٩٧) س : يعز وجود .

(٩٨) ب : ذكرناه .

(٩٩) س : الكتابة (وهو تصحيف) .

(١٠٠) ب والمطبوعة : التمييز .

(١٠١) في الاصل : (وهو اثبات) والتصحيح من س ب .

(١٠٢) ب والمطبوعة : الجدة فيما اليه .

(١٠٣) في الاصل : وهذا أيضا هو من صفات الامام النجدة ، وفي س :

وهذا أيضا هي من صلاة الامام النخوة ، وما أثبتناه عن ب وهو

المثبت في المطبوعة .

كسلامة اطرافه ، وبهجة صورته ، وزيادة ورعه ، وركانة تقواه ، وحسن الاحدوث عنه (١٠٤) ، وخلوه عن الشبهات في الاعتقادات ، وتضلعه في علم الشروط والاقضية والحكومات ، فانها امر (١٠٥) وراء الفقه ، واستمداده من علم الادب [المانع] (١٠٦) من اللحن [والسقط] (١٠٧) واتصافه بكل (١٠٨) جميلة تزيده هبة في النفوس وعظمة في القلوب ، وخلوه من (١٠٩) كل ما ينقص من قدره ومنزله ، في أقواله وأفعاله ، وخلوته وجلوته (١١٠) .

• [حكم تولي القضاء] •

[٢٤] اذا عرفت هذا ، فالرجل لا يخلو :

اما ان اجتمعت (١١١) فيه الشرائط (١١٢) التي لا تصح توليته القضاء الا بها •

أو لا

فان لم تجتمع فيه لم تصح توليته •

(١٠٤) لفظة (عنه) سقطت من س •

(١٠٥) في الاصل : (امور) وما اثبتناه عن س ب وعن السياق •

(١٠٦) الزيادة من س ب وقد سقطت من الاصل وجاء في هامشه قول

مصححه : (لعله سليما) أي بدل كلمة (المانع) •

(١٠٧) الزيادة من هامش نسخة ب •

(١٠٨) س : بكل صفة جميلة •

(١٠٩) ب والمطبوعة : وخلوه عن كل •

(١١٠) س : في أقواله وأفعاله وتحصيله (بسقوط العبارة : وخلوته

وجلوته) •

(١١١) س : تجتمع •

(١١٢) ب والمطبوعة : شرائط القضاء •

وان اتصف بها فلا يخلو (١١٣) :

اما ان لا يوجد في البلد غيره ، فتعين عليه توليته اذا طلب والحالة
هذه ، ويجب على الامام ان يوليّه ، فان امتنع من الاجابة اثم ، وهل للامام
اجباره ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم •

وان (١١٤) وجد في البلد غيره ، وهو مساو له ، فهو فرض
كفاية (١١٥) في حق كل واحد منهم • فاذا ولي سقط الفرض عن نفسه
وعن الباقي ، وهو فرض عين على جميعهم ، على معنى انهم ان امتنعوا
كلهم اثموا •

فلو امتنع واحد منهم هل يجبره الامام ؟

فيه وجهان مرتبان على المتعين عليه ، واولى ان (١١٦) لا يجبره ،
وهو الاصح من الوجهين (١١٧) •

ووجه (١١٨) الاجبار هو اننا لو قلنا : انه لا يجبر واحد (١١٩) منهم
نواكلوا ، وأدى الى امتناع الجميع •

وقال بعض المصنفين في المذهب : من يجب عليه تولية القضاء هو

(١١٣) ب : لم يخل •

(١١٤) س : فان •

(١١٥) س : على الكفاية •

(١١٦) ب والمطبوعة : بان •

(١١٧) ب والمطبوعة : وهو أصح الوجهين •

(١١٨) ب والمطبوعة : وتوجيه الاجبار : س : وتوجه الاجبار •

(١١٩) ب والمطبوعة : واحدا •

الرجل العالم الامين ، الذي ليس في البلد سواء ، ومن يستحب^(١٢٠) له نوليته هو العالم الفقير ، أو الخامل الذكر ، فيستحب له ذلك ، لتجرى عليه كفايته من بيت المال ، وينشر^(١٢١) علمه بذلك ، وينتفع الناس به ، ومن يستحب له تركه هو المكثفي^(١٢٢) في معاشه ودينه ، والوجيه^(١٢٣) بين الناس في مرتبته^(١٢٤) المنتشر علمه فالاولى له تركه ، لانه اسلم له ، ومن يحرم عليه فعله هو الجاهل^(١٢٥) [أو العالم]^(١٢٦) العاجز عن اقامة وظائفه ، أو الفاسق .



(١٢٠) ب والمطبوعة : استحب .

(١٢١) ب والمطبوعة : وينشر ، س : وينشر علمه وينتفع الناس به وفي مرتبته . . بسقوط كلمة : بذلك وجملة : ومن يستحب له

تركه . . الخ .

(١٢٢) ب والمطبوعة : المكثفي وقد سقطت من س .

(١٢٣) ب والمطبوعة : الوجيه (بحذف الواو) وقد سقطت من س .

(١٢٤) س : وفي مرتبته .

(١٢٥) في الاصل : الخامل وما اثبتناه عن ب س .

(١٢٦) الزيادة من س ب .

الفصل الثالث

في كيفية^(١) عقد القضاء

وتقدم عليه امورا

[٢٥] اولها :

ان القيام بالقضاء بين المسلمين ، والانتصار^(٢) للمظلومين^(٣) ، وقطع الخصومة الناشئة^(٤) بين المتخاصمين من أركان الدين ، وهو أهم الفروض المنوطة [٧/أ] بالكفاية ، فإذا قام به الصالح له سقط الفرض به^(٥) عن الباقي ، وإن^(٦) امتنع كل الصالحين له اثموا^(٧) ، وقد ذكرنا ذلك ، وذكرنا اجبار^(٨) المتعينين له والخلاف في اجبار^(٩) من لم يتعين له فيما اذا اجتمع صالحون له .

-
- (١) س : في كيفية القضاء ، وقد وقع هذا الفصل في الورقة ٢١٠٧ من نسخة ط ، والصفحة ١٦٠ من نسخة ق .
- (٢) ب : الانتصار (بسقوط الواو) .
- (٣) في الاصل : للمظلوم ، وما اثبتناه عن ب س .
- (٤) ب والمطبوعة : الناشئة .
- (٥) ب والمطبوعة : فيه .
- (٦) س : فإن .
- (٧) ب : خرجوا .
- (٨) في الاصل : اختيار ، وفي ب والمطبوعة : اخبار ، وما اثبتناه عن س وفيها : اجبار المتعين .
- (٩) في الاصل : اختيار .

[٢٦] وثانيها :

ان الامام اذا ولي حاكما في بلدة وفيها من هو افضل منه ، هل تعتقد ولاية المفضول ؟ فيه خلاف حكاه القاضي حسين وامام الحرمين •

قال (١) الامام (١١) : فيه خلاف بين الاصوليين • والاكثرون قالوا يجوز ، وهو المختار وفي معناه (١٢) الامامة •

وقال الماوردي : تعتقد (١٣) ولاية المفضول في القضاء (١٤) بخلاف الامامة على احد الرأيين •

[٢٧] وثالثها : في طلب القضاء :

قال الشيخ أبو نصر (١٥) :

(١٠) س : قال فيه خلاف •

(١١) الامام : هو امام الحرمين أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله • • مرت ترجمته •

(١٢) س : ق ط : وان منعاه في الامامة ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(١٣) س : لا تعتقد (وهو سهو) وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ق ط وعن أدب القاضي للماوردي ١٤٤/١ ، ٦٤٣ •

(١٤) انتقلت نسختا ط ق من هذه العبارة الى عبارة أخرى ستأتي ، فكانت الجملة فيهما كالآتي : وقال الماوردي : تعتقد ولاية المفضول في القضاء ومن يجب عليه تولية القضاء يجب عليه طلبه وعلى الامام توليته •

(١٥) الشيخ أبو نصر : هو عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الصباغ الفقيه الشافعي ، كان فقيه العراقيين في وقته ، وكان يضاهي الشيخ أبا اسحاق الشيرازي ، وكانت الرحلة اليه ، صالحا تقيا حجة ، ومن مصنفاته كتاب الشامل ، وكتاب الكامل ، وغيرهما تولى التدريس بالمدرسة النظامية ، وكانت وفاته ببغداد سنة ٤٧٧هـ بعد ان كف بصره في آخر عمره انظر المنتظم ١٢/٩ ، وفيات

قال بعض أصحابنا : يستحب له طلبه ، حتى يجوز له ان يبذل في مقابلته عوضا ، ومنهم من ابى ذلك ، ومن يجب عليه توليته^(١٦) يجب عليه طلبه ، وعلى الامام توليته •

وقال امام الحرمين : متى فرض القيام بالقضاء على حقه كان في مرتبة الجهاد بل أفضل منه ، وموجب ما ذكرنا التعرض له وطلبه^(١٧) ، ولكن يعارضه ان الامتكان من مناصب الولايات يورط النفس الزكية في الورطات ، ويستخرج منها خبايا البليات^(١٨) ، والنفس امانة بالسوء ، وطالبة للهوى^(١٩) والشهوات ، وباعثة على التوريط^(٢٠) في الشهات ، وحاملة على الوقوع في الهلكات^(٢١) ، فسلوك طريق السلامة اولى •

ثم قال القاضي حسين : اذا كان في الناحية من هو اصلح للقضاء ممن يطلبه فالطلب^(٢٢) من الطالب حرام ، ويكره للامام توليته ، مع انه لو

الاعيان ٢١٧/٣ رقم ٣٩٩ ، طبقات السبكي ١٢٢/٥ رقم ٤٦٤ ،
المعبر ٢٨٧/٣ ، طبقات الاسنوي ١٣٠/٢ رقم ٧٢٦ ، النجوم
الزاهرة ١١٩/٥ •

(١٦) ط ق : توليه ، والمباراة في س : ومن يجب عليه طلبه عليه توليته
وقال امام الحرمين ••

(١٧) ب : وموجب ما ذكرناه التعرض له وطلبه •• وكذا في المطبوعة
ولكن المطبوعة اسقطت لفظة (له) من العبارة • وهذه العبارة باكملها
سقطت من ق ط •

(١٨) س : خبايا المتلفات •

(١٩) ب ط ق : للهوى •

(٢٠) ب والمطبوعة : والتورط •

(٢١) س : المهلكات •

(٢٢) ب : والطلب •

ولاء انعقد (٢٣) ، فان (٢٤) لم يكن في الناحية اصلح منه فلا يكره له الطلب ، بل يستحب له ان يتعرض ويطلب ، ولو (٢٥) لم يكن في الناحية من يصلح غيره افترض عليه ان يتعرض •

هذا كلام القاضي ونقله الامام عنه ، ثم قال :

قوله : اذا كان في الناحية من هو اصلح (٢٦) للقضاء ممن يطلبه ، فطلب الطالب (٢٧) حرام • قال الامام : هذا مع تصحيح نصب المفضل خطأ ، فانه اذا جاز النصب وصح (٢٨) ، فطلب الجائر الصحيح كيف يحرم ؟ فالوجه الاقتصار على كراهة الطلب (٢٩) من المفضل مع وجود الفاضل • [٨/أ]

[٢٨] ثم قال الامام :

والحق ان الامام اذا نصب واحدا من المتماثلين لم يكره له التقليد ، الا اذا كان يغلب [عليه] (٣٠) استشهد الميّل عن موافقة الشريعة ، فاذن

(٢٣) قوله : (مع انه لو ولاء انعقد) ليس في س •

(٢٤) س ظ ق : وان •

(٢٥) س : وان لم يكن • • وهذه العبارة سقطت من نسخة ق فقط •

(٢٦) س : من يصلح •

(٢٧) س : الطلب •

(٢٨) ظ : أو صح ، وهكذا اختاره محقق المطبعة •

(٢٩) س : كراهية الطلب ، وقد زادت النسختان : ق ظ بعد هذه العبارة

قوله : وما ذكره الامام ممنوع فقد يمنع الطلب وتستحب الاجابة كما في السؤال بوجه الله تبارك وتعالى فانه يكره السؤال به وتستحب اجابة السائل ، ثم قال بعد ذلك : ثم الطلب (كذا) ثلاثة احوال • وسيرد ذلك بعد قليل •

(٣٠) الزيادة من س ب •

كان كذلك وتمكن من الاعتذار عن الاجابة بعذر ، فالذي يقتضيه الدين الاجتناب ، فان الامر ، وان كان عظيم القدر ، بالغ الاجر ، فالخطر اعظم ، فان^(٣١) لم يغلب استشعار المخالفة من نفسه ، وقلده الامام ندبا^(٣٢) من غير طلب [منه]^(٣٣) ، فينبغي ان يتقلد جريا على قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : « ان اوتيتها^(٣٤) من غير مسألة اعنت عليها »^(٣٥) .

• وذكر العراقيون وجهين في وجوب الاجابة عند تقليد الامام

وهذا^(٣٦) اذا كان تقليده جازما

• اما اذا كان على خيرة فلا وجوب

ثم الوجهان فيه اذا لم يستشعر المخالفة^(٣٧) من نفسه ، فان

(٣١) س ب : وان

(٣٢) ب : بدما • س : بدادة

(٣٣) الزيادة من نسخة س

(٣٤) س ب والمطبوعة : ان اديتها ، وهو تصحيف وما اثبتناه عن الاصل

وعن كتيب تخريج الحديث

(٣٥) حديث : « ان اوتيتها من غير مسألة اعنت عليها » هو قطعة من

حديث : « لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها (اعطيتها) عن مسألة

وكلت اليها ، وان اوتيتها ، (اعطيتها) عن مسألة اعنت عليها ،

الذي رواه الجماعة عن عبد الرحمن بن سمرة فانظر صحيح البخاري

كتاب الاحكام ١٥٨/٤ ، هداية الباري ٢/٣٢٦ ، صحيح مسلم -

كتاب الايمان ١٢٧٣/٣ - ١٢٧٤ رقم ١٦٥٢ ، وصحيح مسلم بشرح

النووي ١١٦/١١ ، وسنن النسائي في كتاب آداب القضاة ٨/٢٢٥ ،

سنن أبي داود - الامارة - ١٣٠/٣ رقم ٢٩٢٩ ، سنن الترمذي -

النور ٤٢/٣ رقم ١٥٦٨ ، سنن الدارمي النور ٢/١٨٦ ، ومسند

الامام أحمد ٦٢/٥ ، ٦٣ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/١٠٠

(٣٦) س ب : وهذا فيه اذا كان •• بزيادة لفظة فيه وكذا في المطبوعة

(٣٧) س : الخيانة من نفسه

استشعرها فالجدار^(٣٨) ما وجد اليه سيلا •

[٢٩] هذا^(٣٩) قولنا في النصب مع تساوى من يصلح •

اما الطلب^(٤٠) : فللطالب ثلاثة أحوال :

الاولى^(٤١) : ان يعلم من نفسه اغتلام شهواته ، فالكرامة شديدة في حقه^(٤٢) • فان قيل انتهى الامر في^(٤٣) حقه الى التحريم ، قلنا ، ان طلب واضمر ما ذكرناه فيحرم عليه الطلب والحالة هذه ، وان طلب ولم يقصد الخيانة وقصد التوقي جهده فيكره •

الحالة الثانية^(٤٤) : ان [لا]^(٤٥) يخشى^(٤٦) من نفسه هيجا^(٤٧) ، ولكنه لم يخش نفسه قديما في مجاهدة^(٤٨) الامور العظيمة ، فهو على

(٣٨) في المطبوعة : فالجدار ، وعلق عليها في الهامش بانها اما من جد ار حد وقد جاء ذلك من كون الكلمة غير منقطة في ب ، وما ائبته عن الاصل وعن س ، وقد وردت فيهما غير منقطة •

(٣٩) لفظة (هذا) سقطت من نسخة س •

(٤٠) ظ : ثم الطلب ثلاثة أحوال • وفي نسخة ق : ثم للطلب ثلاثة أحوال •

(٤١) ق ظ : احدها •

(٤٢) وردت في توقيف الحكم بنسختيه ق ظ زيادة بعد هذه العبارة هي قوله : (الا ان يقصد الخيانة فيحرم) وهي ليست موجودة في الاصل ولا في س ولا في ب ، وقد اثبتنا محقق المطبوعة في المتن ، وهي زائدة يدل عليها السياق •

(٤٣) س : فيه الى التحريم •

(٤٤) ق ظ : الثاني •

(٤٥) الزيادة من ب س •

(٤٦) ب س : يخشى •

(٤٧) س : شحا •

(٤٨) س ب : مخامرة • ق : مخابرة •

خطر من امره ، فإذا اضمح القوى وهو فقير يتبغي كفافاً من رزق يدر عليه فلا يكره له الطلب ، وإن كان له كفاف ، وهو على غرر من امره فتطلق الكراهة^(٤٩) في حقه ، ولكنها لا تشتد •

الحالة الثالثة^(٥٠) : أن يكون قد اختبر نفسه في عظام الأمور ، ولم يجد هيجاً ، ولا مجاوزة حد ، فمن أصحابنا من قال : يكره له الطلب • والرأي عندنا نفي الكراهة في هذا المقام • ثم مهما فنيا الكراهة هل يستحب الطلب ؟ فيه وجهان : أقسهما نعم^(٥١) •

فإن قيل^(٥٢) : إذا اطلقتم التحذير ولم تخصصوه^(٥٣) بشخص انكف الناس قاطبة عن هذا الامر المهم ، فانهم يتواكلون ، ويتخاذلون فيتعطل الامر ، قلنا : لامخافة [ب/أ] من هذا ، والمحذور التائب على العمل والتراحم^(٥٤) عليه ، فإن النفوس تستحث اربابها على طلب أسباب الاستعلاء ، فمن حكمة الشرع تغليب التحذير والجيلات^(٥٥) تغالبه ، حتى يدفع منه اعتدال في الأقدام •

(٣٠) فهذا منتهى الكلام في هذه الامور • والكلام بعده في كيفية عقد القضاء ، والنظر في مقدمة العقد ، ثم في صفته ، ثم في لزومه ، ثم

(٤٩) س : الكراهية •

(٥٠) ق ط : الثالث •

(٥١) في ق ط بعد هذا الكلام مباشرة قوله : ولا بد في المولى أن يكون عارفاً بتكامل شروط التولية في القضاء • • وسيرد هذا الكلام بعد قليل في موضوع النظر الاول من مقدمة العقد •

(٥٢) س ب والمطبوعة : قال فإن قيل •

(٥٣) س : تخصصوه •

(٥٤) ب : والازدحام •

(٥٥) س : والحالات •

ب) (٥٦) كيفية التولية ، وتوافق الإمام والقاضي في المذهب ، وتخصيص التولية ، والحكم بمذهبه أو مذهب الحاكم ، ثم في جواز استابة القاضي نائباً في الحكم عنه ، ثم في تقليد قاضيين في بلد واحد ، ثم في اخذ القاضي الرزق على القضاء .

النظر الاول : في مقدمته

[تكامل الشروط في القاضي]

[٣١] وهو ان يكون المولي عارفاً بتكامل شروط القضاء في القاضي ■ فيكتفي بعلمه ، وان جهلها سأل عنه ، وان (٥٧) استفاض الخبر بمعرفه كانت الاستفاضة اوكد من الشهادة فلم يحتج معها الى الاختبار ، وان لم يستفرض جاز الاقتصار فيه على شهادة عدلين بتكامل (٥٨) شروط القضاء فيه ، ثم يختبره المولي ، ليتحقق (٥٩) باختباره صحة معرفته ، وهل يكون اختباره بعد الشهادة واجبا أو مستحبا ؟ فيه وجهان .

[متى يختبر القاضي]

[٣٢] فان (٦٠) لم يشهد شاهدان بتكامل شروطه لزمه اختباره قبل تقليده في كل شرط معتبر .

(٥٦) العبارة (في لزومه ثم) سقطت من متن نسخة ب وثبتت على حاشيتها ، والعبارة (في كيفية عقد القضاء والنظر في مقدمة العقد ٠٠) الى هنا سقطت من س .

(٥٧) ب : سأل عنها فان استفاض ٠٠ وهو ما ثبته محقق المطبوعة .

(٥٨) ط : لتكامل .

(٥٩) س : ليعلم ، ط : ليتحقق ، ق ليتحقق صحة معرفته .

(٦٠) ب والمطبوعة : فلو .

هذا ما ذكره الماوردي (٦١)

ولابد (٦٢) فيه من تفصيل :

اما عدالته ، فان كانت مشهورة ، والامام يعلمها ، فلا حاجة الى شهادة بذلك وان لم يكن مشهورا بها في هذا البلد ، ولا علمها (٦٣) الامام فلا بد من شاهدين يشهدان بعدالته .

وكذلك ان جهلت حرية ، ولم يعلمها الامام فلا بد من ثبوتها بالبينة (٦٤) .

وبقية الشروط تختبر بطرقها :

فبصره وسمعه محسوسان .

وكتابته تظهر بالامتحان .

واما علمه بالاحكام الشرعية فاختباره ان يجمع له الامام العلماء في مجلس ، وينظرون بين يديه ، ويسألوه المسائل التي يظهر بها علمه .

النظر الثاني : في صفة العقد

[٣٣] وهو اللفظ في الحضور ، والمكاتب في الغيبة .

ولا يجوز الاختصار على المكاتب [٩/أ] في الحضور (٦٥) .

(٦١) انظر أدب القاضي للماوردي ١٧٥/١ - ١٧٦ بتصرف قليل .

(٦٢) ق ط : ولابد في عقد التولية من اللفظ ، ولا يجوز الاختصار على المكاتب . . . وهو كلام سيرد بعد قليل .

(٦٣) س والطبوعة : ولا يعلمها ، وقد سقطت الفقرة كلها من ق ط .

(٦٤) في الطبوعة : بالبينة وهو تصحيح طباعي .

(٦٥) العبارة في ط ق : ولابد في عقد التولية من اللفظ ، ولا يجوز الاختصار

على المكاتب في الحضور ، ويكفي ذلك في الغيبة ، ولفظ العقد ينقسم الى صريح وكناية . . الخ .

[٣٤] ولفظ العقد ينقسم الى صريح ، وكناية ، ومختلف فيه .

فالصريح :

قوله : قللتك القضاء ، أو وليتك القضاء ، أو استخلفتك ، أو استبنتك (٦٦) .

والكناية :

قوله : اعتمدت عليك في القضاء ، أو عولت عليك ، أو عهدت اليك ، أو وكلت اليك ، فلا يعتقد بهذه الكنايات حتى يقرن بها لفظ (٦٧) يزول به الاحتمال ، كقوله : فاحكم ، أو فانظر ، أو فاقض . والمختلف فيه :

قوله : فوضت اليك القضاء ، أو رددت اليك القضاء ، أو جعلت اليك ، واستندت (٦٨) اليك ، ففيها وجهان :

احدهما : انها صريحة في التقليد .

والثاني : انها كناية .

وهو الاصح

[٣٥] ثم لابد في التولية من ذكر البلد الذي يقلده القضاء فيه ، ومن صفة الحكم من عموم وخصوص . فان اطلق كان على العموم دون الخصوص في المنازعات دون العموم في الولايات (٦٩) .

(٦٦) ظ : انبتك .

(٦٧) س : حتى يقرن بها من اللفظ ما يزول به الاحتمال .

(٦٨) في الاصل (واستندت اليك) وما أثبتناه عن ب ق ظ وقد سقطت هذه العبارة من س .

(٦٩) قوله (دون العموم في الولايات) ليس في ق ظ .

[٣٦] وتتمام العقد معتبر^(٧٠) بقبول القاضي •
 فان كان حاضرا فقبوله^(٧١) بالقول على الفور ، فيقول : قبلت ،
 أو تقلدت •

وان كان غائبا جاز قبوله على التراخي •
 فلو شرع في النظر قبل القبول ، هل يكون شروعه فيه قبولا ؟
 فيه وجهان^(٧٢)

[٣٧] ثم لصحة قبوله شرطان :
 [احدهما]^(٧٣) : علمه^(٧٤) باستحقاقه^(٧٥) تولية القضاء • فان لم
 يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله •

والثاني : علمه من نفسه استكمال^(٧٦) الشرائط المعتبرة في القضاء ،
 فان علم عدم استكمالها لها لم يصح قبوله ، وكان بالقبول مجروحا^(٧٧) •

- (٧٠) ق ط : فيعتبر قبول •
 (٧١) س ب ق ط : فان كان حاضرا كان قبوله بالقول •
 (٧٢) انظر الوجهين في أدب القاضي للماوردي ١/ ١٨٠ •
 (٧٣) الزيادة من سائر النسخ •
 (٧٤) ب والمطبوعة : علم المتولي باستحقاقه • وفي س : احدهما باستحقاقه
 ولاية القضاء ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ط ق •
 (٧٥) في الاصل : باستحلافه • وان لم يعلم استحلافه • • وهو تصحيف
 وما اثبتناه عن سائر النسخ •
 (٧٦) ب ط ق : استكمالها ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س •
 (٧٧) س : مجرحا • وقد انتقلت نسخة ق ونسخة ط من هذا الموضوع
 الى موضوع عزل القاضي ، فجاء فيهما قوله : فرع قال الامام :
 للامام عزل القاضي اذا رآه منه امر • • وهو كلام سيأتي بعد قليل •

النظر الثالث : في لزوم العقد

[٣٨] قال الماوردي (٧٨) :

القضاء من العقود الجائزة في حق المولي والمولى دون اللازمة ، لأنه استنبأ كالكفالة ، فلا (٧٩) يلزم في حق واحد منهما ، فللمولى (٨٠) ان يعزله متى شاء (٨١) ، والاولى ان لا يعزله الا لعذر (٨٣) [وللمولى عزل نفسه متى شاء ، والاولى له ان لا يعزل نفسه الا لعذر] (٨٣) ، فان (٨٤) عزله المولى ولم يعلم (٨٥) ، فحكم قبل علمه هل ينفذ حكمه قبل العلم ؟ فيه وجهان . ومتى عزل الحاكم نفسه ، ثم حكم لم ينفذ حكمه ، اما اهل عمله فعليه الطاعة له ، والتزام احكامه ، فان امتنعوا لعذر اوضحوه ، وان كان لغير عذر حوربوا (٨٦) . ثم علمهم بولاية الحاكم عليهم يختلف بقرينهم وبعدهم . فان بعدوا ولم يشع عندهم [ب/٩] ، اشهد المولى عليه شاهدين ، فلو لم يشهد وورد القاضي عليهم ، واخبرهم بولايته ، فان لم يصدقوه لم

(٧٨) انظر أدب القاضي للماوردي ١/١٨١ - ١٨٣ وقابل ذلك بما في الاحكام السلطانية ٧٠ وقد سقط هذا الكلام من نسخة ق ط .

(٧٩) س : ولا .

(٨٠) س : وللمولى .

(٨١) س : اذا شاء .

(٨٢) س : بعذر .

(٨٣) الزيادة من س ب .

(٨٤) ب والمطبوعة : فلو .

(٨٥) ب والمطبوعة : ولم يعلمه فحكم قبل العلم .

(٨٦) العبارة في أدب القاضي ١/١٨١ بلفظ (وان كان لغير عذر ارضوا

فان اقاموا على الامتناع حوربوا) .

يلزمهم قبول احكامه ، وان صدقوه^(٨٧) هل تلزمهم طاعته ؟ فيه وجهان •
 هذا اذا كان بلدا^(٨٨) بعيدا • اما اذا كان قريبا ، وشاع الخير بينهم
 بولايتهم ، هل تكفي الاشاعة دون الشهادة ؟ فيه وجهان^(٨٩) •

[٣٩] هذا ما ذكره الماوردي^(٩٠) ، وهو كما قاله الا في جواز عزل
 القاضي من غير سبب ، وجعله القضاء عقدا جائزا كالوكالة ، فان الاصحاب
 ذكروا فيه تفصيلا وخلافا :

قال الامام :

للامام عزل القاضي اذا رآه [منه]^(٩١) امر ، ويكفي فيه غلبة
 الظن بذلك ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الاصحاب : ان عزله بأفضل منه
 نفذ ، وبمن^(٩٢) هو دونه في صلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله
 فيه وجهان^(٩٣) • قال الامام : واطلاق القول على هذا النسق غفلة فأقول :
 حق على الامام الا يصدر شيئا من أمور المسلمين الا عن رأي ثاقب^(٩٤) ،
 ونظر في الصلاح ، فان عزل القاضي بمن هو دونه لمصلحة رأها نفذ العزل
 ولا يجوز تقدير خلاف فيه ، وان فرض عزل مطلق فلا اعتراض عليه

(٨٧) العبارة (لم يلزمهم قبول احكامه وان صدقوه) ليست في س •

(٨٨) س والمطبوعة : البلد •

(٨٩) ورد في حاشية الاصل تعليق من الناسخ على هذه المسألة فقال :
 الاصح من الوجهين انه يكفي) •

(٩٠) ذكر ذلك الماوردي بتفصيل في أدب القاضي ١/ ١٨١ - ١٨٣ •

(٩١) الزيادة من حاشية الاصل ومن نسخة س ق ط وقد سقطت من
 متن الاصل ومن ب •

(٩٢) ط ق : او بمن •

(٩٣) في حاشية الاصل تعليق على هذين الوجهين وهو قوله : الاصح من
 الوجهين انه ينفذ •

(٩٤) ب : رأي ثابت •

مهما امكن تطرق امكان النظر^(٩٥) ، ولا يجوز ان يكون فيه خلاف^(٩٦) ،
ولو عزله لا^(٩٧) عن نظر ، هل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المتمين الى
الاصول ، والذي اقطع به انه^(٩٨) ينفذ عزله ، ولكن يتعرض^(٩٩) صاحب
الامر لخطر الاتم • ولو عزل القاضي نفسه انعزل •

فهذا تلخيص^(١٠٠) ما ذكره الامام
وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

اذا ولي الامام قاضيا ان لم يمين عليه فعزله بمثله أو بمن هو أصليح
منه ، قال الشيخ القفال : لا ينعزل ، لانه صار قاضيا من جهة الله تعالى ،
وقال بعض شيوخنا : ينعزل • وعلى هذا لو اخبر الامام ان قاضي بلد كذا
قد مات فولي غيره ، ثم بان كونه حيا ، لم ينعزل الاول عند القفال ، وعلى
الوجه الثاني ينعزل^(١٠١) •

وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه ، ان يمين عليه لم ينعزل ، وان لم
يمين عليه هل ينعزل ؟ فيه وجهان اصحهما : نعم •

(٩٥) ب : امكان التطرق ، وهو الذي اختاره محقق المطبوعة •
(٩٦) في المطبوعة : ولا يجوز ان يكون خلاف (بسقوط كلمة : فيه) •
(٩٧) انطلمست العبارة في الاصل فصارت تشبه ان تكون : ولو عزل بحق
غيره نظر ، وما أثبتناه عن س ق ظ وقد سقطت لفظة (لا) من
نسخة ب •

(٩٨) س : ان •

(٩٩) في الاصل وفي ب : ولكن يعترض عليه •

(١٠٠) ب : ملخص •

(١٠١) انظر مغني المحتاج ٣٨٣/٤ •

النظر الرابع (١٠٢) : في توافق الامام والقاضي في المذهب وتخصيص المذهب

[٣٩] اجمع العلماء على انه لا يشترط توافقهما في المذهب [١٠/أ]، بل ان كانا (١٠٣) مجتهدين على الاطلاق فالقاضي يحكم باجتهاده في المجتهدات ، سواء وافق اجتهاده اجتهاد الامام أو لا ، وان كانا مجتهدين على التقييد فيجوز للامام الشافعي ان يولي القضاء الحنفي ، وبالعكس .

(٤٠) وليس للامام ان يشترط على الحاكم الحكم بخلاف اعتقاده أو خلاف اجتهاده اذا جوزنا قضاء المجتهد المقيّد .

فلو كان الامام شافعيًا فنشترط على نائبه الحنفي ان يحكم على مذهب الشافعي ، فيحكم في (١٠٤) ما اتفق عليه (١٠٥) الامامان وما اختلفا فيه لا يحكم فيه بشيء .

اما مذهب الشافعي فلائنه لا يعتقده .

واما مذهب أبي حنيفة فلائنه لم يفوض اليه .

قال (١٠٦) الماوردي (١٠٧) :

(١٠٢) ب : النظر الثاني ، وجاء في ق ط : فصل في توافق الامام والقاضي في المذهب اجمع العلماء ...

(١٠٣) ب : بل ان كان ، وفي س : بل ان كان مجتهدا ، وفي ق ط : بل اذا كانا ..

(١٠٤) ق ط : بما .

(١٠٥) س : اتفق عليه المذهبان .

(١٠٦) ب ق ط : وقال ، وكذا في المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س *

(١٠٧) قول الماوردي تجده في كتاب أدب القاضي ١/ ١٨٥ .

إذا كان القاضي شافعيًا قاداه اجتهاده إلى مذهب أبي حنيفة في حادثة ،
جاز له الحكم بها •

وقال بعض أصحابنا :

لا يجوز للمعتزلي إلى مذهب أن يحكم بغيره لتطرق التهمة
إليه (١٠٨) •

فلو شرط الإمام على القاضي في عقد التولية (١٠٩) أن لا يحكم إلا
بمذهب الشافعي مثلاً أو بمذهب أبي حنيفة [فإن كان عاماً ، بأن قال له :
لا تحكم في جميع الأحكام إلا بمذهب الشافعي مثلاً ، أو بمذهب أبي
حنيفة] (١١٠) كان هذا الشرط باطلاً ، سواء كان موافقاً لمذهب الإمام أو
مخالفاً له •

وهل يبطل عقد توليته (١١١) القضاء ؟

نظر : أن كان (١١٢) عدل عن لفظ الشرط ، وأخرجه مخرج
الأمر ، كقوله : احكم بمذهب الشافعي ، أو مخرج النهي كقوله :
لا تحكم (١١٣) بمذهب أبي حنيفة صح التقليد •

(١٠٨) لفظة (إليه) سقطت من س •

(١٠٩) ط ب : في عقد تولية القضاء ، ق س : عقد توليته القضاء •

(١١٠) الزيادة من ب ط ومن أدب القاضي للماوردي ١٨٦/١ ، وقد

تكررت في نسخة ب مرتين وسقطت من س ق ومن الأصل •

(١١١) ب والمطبوعة : تولية القضاء •

(١١٢) في المطبوعة : أن كان قد عدل بزيادة لفظ (قد) وهذه الزيادة

ليست موجودة في الأصل الذي اعتمده ولا في النسخ الأخرى •

(١١٣) في نسخة ط : لا تحكم إلا بمذهب أبي حنيفة • أي بزيادة لفظة :

إلا وهذه الزيادة ليست موجودة في الأصل ولا في النسخ الأخرى •

وان جعله بلفظ الشرط في العقد ، كقوله : وليتك على ان تحكم
بمذهب [الشافعي أو بأن لا تحكم بمذهب]^(١١٤) أبي حنيفة بطل
التقليد •

اما^(١١٥) اذا كان التقليد خاصا في حكم بعينه ، فان كان امرا
كقوله : اقد^(١١٦) المسلم بالكافر والحر بالعبد ، كان هذا الشرط باطلا •
فان تجرد التقليد عن هذا الشرط صح التقليد مع فساد الشرط ، نان
قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد^(١١٧) •

وان كان نهيا نظر : ان نهاء عن الحكم في قتل المسلم بالكافر : والحر
بالعبد ، ولا يقضى^(١١٨) فيه بوجوب قود ، ولا باسقاطه ، فهذا شرط
باطل ، وتقليد صحيح^(١١٩) ، فان لم ينه عن الحكم فيه ، ونهاء عن
القضاء بالقصاص ، فقد اختلف أصحابنا في هذا النهي هل يوجب صرفه
عن النظر فيه ؟ [فيه]^(١٢٠) وجهان •

(١١٤) الزيادة من ب وقد جاءت هذه العبارة في س بلفظ : بمذهب الشافعي
أو على ان لا تحكم بمذهب أبي حنيفة ، وفي ط ق : بمذهب الشافعي
أو على ان لا تحكم الا بمذهب أبي حنيفة •

(١١٥) ب والمطبوعة : اما ان •

(١١٦) س ب ق ط : والمطبوعة : اقد من المسلم بالكافر ومن الحر
بالعبد ، وما أثبتناه عن الاصل وعن أدب القاضي للماوردي
• ١٨٨/١

(١١٧) العبارة (مع فساد الشرط فان قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد)
ليست في ب •

(١١٨) في الاصل : فلا يقضى وكذا في نسخة ق ، وفي نسخة ط : الا
يقضي ، وما أثبتناه عن ب س وعن أدب القاضي للماوردي ١٨٩/١ •

(١١٩) ب س والمطبوعة : وان •

(١٢٠) الزيادة من سائر النسخ •

قلت (١٢١) : وحكى القاضي أبو منصور (١٢٢) ، ابن أخي الشيخ

أبي نصر بن الصباغ ، قال :

سألت قاضي القضاة الدامغاني (١٢٣) [١٠/ب] عما (١٢٤) إذا ولي القاضي

(١٢١) في الاصل : قلت وعن القاضي أبي منصور ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .

(١٢٢) أبو منصور : أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد ، أبو منصور ابن الصباغ البغدادي ابن أخي الشيخ أبي نصر وزوج ابنته ، فقيه حافظ ثقة ، تفقه على القاضي أبي الطيب ، والحسن بن علي الجوهري ، وأبي يعلى بن الفراء وغيرهم ، قال ابن النجار : كان فقيها فاضلا حافظا للمذهب متدينا يصوم الدهر ، ويكثر من الصلاة ، وكان ينوب عن القاضي أبي محمد بن الدامغاني في القضاة بربع الكرخ ، ثم ولي الحسبة بالجانب الغربي ببغداد ، وله مصنفات ومجموعات حسنة توفي سنة ٤٩٤ هـ ، انظر ترجمته في طبقات الاسنوي ١٣٢/٢ رقم ٧٢٨ ، طبقات السبكي ٨٥/٤ رقم ٢٨٢ ، البداية والنهاية ١٢/١٦٠ ، المنتظم ٩/١٢٥ ، كشف الظنون ١٨١١ . معجم المؤلفين ١٥١/٢ .

(١٢٣) س : الافغاني (وهو تصحيف) وقاضي القضاة الدامغاني : هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب بن حمويه أبو عبدالله الدامغاني الكبير ، سكن بغداد ودرس بها فقه أبي حنيفة على أبي الحسين القدوري ، وعلى القاضي أبي عبدالله الصيمري ، وبرع في العلم وافتى ، وقبل قاضي القضاة أبو عبدالله ابن ماكولا شهادته ، ثم ولي قضاء القضاة بعد موت ابن ماكولا وذلك في ذي القعدة سنة ٤٤٧ هـ وكان عفيفا ، وانتهت اليه الرئاسة في مذهب العراقيين من الحنفية ، وكان وافر العقل كامل الفضل مكرما لاجل العلم عارفا بمقادير الناس سديد الرأي ، وجرت أموره في حكمه على السداد مدة ثلاثين عاما توفي سنة ٤٧٨ هـ ، انظر تاريخ بغداد ١٠٩/٣ رقم ١١١٣ ، وفيه انه ولد سنة ٣٩٨ بدامغان ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٩٦/٢ رقم ٢٩٠ ، الفوائد البهية ١٨٢ ، الصبر ٣/٢٩٢ ، معجم البلدان (صادر) ٢/٤٣٣ ،

الحنفي نائباً شافعيًا ، وشرط عليه ان لا يحكم الا بمذهب ابي حنيفة ؟
 هل يصح (١٢٥) قال : نعم ، فان قاضي القضاة [ابا خازم] (١٢٦) ولي
 ابا العباس بن سريج القضاء ببغداد على ان لا يقضى الا بمذهب ابي حنيفة
 فالترمه .

النظر الخامس (١٢٧) : في استخلاف (١٢٨) القاضي نائباً عنه في الحكم

الاعلام (ط ٤) ٢٧٦/٦ ، معجم المؤلفين ٤٨/١١ وانظر :
 Brock, G. 1 : 460, S. 1 : 637.

(١٢٤) في الاصل : عن ما وقد سقطت من ق
 (١٢٥) س : فقال .

(١٢٦) الزيادة من ب س ق ط ، وقاضي القضاة أبو خازم (بالخاء
 المعجمة) خلافا لما أثبتته محقق المطبوعة ، عن بعض كتب الترجمة ،
 والصواب ما اثبتناه بالخاء مصححا عن الاكمال لابن مأكولا وتبصير
 المنتبه ، وأبو خازم اسمه عبدالحميد بن عبدالعزيز القاضي الحنفي
 أصله من البصرة ، وسكن بغداد وحدث بها عن جماعة وكان ثقة ،
 وقد ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ والشرقية من بغداد ، وكان
 رجلا دينيا ورعا عالما بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب
 والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة ، وحساب الدور وغامض
 الوصايا والمناسخات ، واحقق الناس بعمل المحاضر والسجلات
 والاقراءات ، توفي سنة ٢٩٢ هـ وله عدة مؤلفات منها كتاب المحاضر
 والسجلات ، وكتاب أدب القاضي وكتاب الفرائض ، انظر ترجمته
 وأخباره في الفهرست ٣٠٦ ، أخبار القضاة لوكيع ١٩٨/٣ - ١٩٩ ،
 ٢٩٣ ، تاريخ بغداد ٦٢/١١ رقم ٥٧٤٣ ، العبر ٩٢/٢ - ٩٤ ،
 الفوائد البهية ٨٦ ، قضاة دمشق ٢٠ ، النجوم الزاهرة ١٥٨/٣ ،
 الشذرات ٢١٠/٢ ، الجواهر المضية ٢٩٦/١ رقم ٧٨٦ ، تاج
 التراجم ٣٣ رقم ٩٥ ، الاكمال ٢٨٦/٢ ، تبصير المنتبه بتحرير
 المشتبه ٣٨٧/١ .

(١٢٧) سقط هذا الموضوع بأكمله من نسخة ط ق ، وانتقل الكلام فيهما
 الى قوله (فرع : الحاكم اذا لم يتفكر الواقعة لم يبين على مجرد
 خطه .. الخ) .

(١٢٨) س ب والمطبوعة : النظر الخامس في استنباط القاضي نائباً .

[٤١] والمستتيب (١٢٩) لا يخلو : إما ان نهاء (١٣٠) [الامام] (١٣١)

عن الاستخلاف حالة عقد التولية ، أو اطلق :

ان نهاء لم يجوز له الاستخلاف

وان اطلق ففيه (١٣٢) ثلاثة اوجه ، يفرق في الثالث بين ان تسمع
خطة البلد أو لا (١٣٣) .

هذا اذا (١٣٤) نهاء مع عقد التولية .

فلو اطلق التولية ومضت مدة ثم نهاء عن الاستخلاف وقلنا ان له
الاستخلاف عند الاطلاق يقتضي انه يمكن (١٣٥) من الاستخلاف ، فاذا
اطلق التولية أولا فقد استحق ان يستخلف ، فاذا (١٣٦) نهاء بعد ذلك
هل يجب عليه (١٣٧) الانتهاء ام لا ؟ .

هذا ينبغي ان ينسب على الخلاف السابق :

(١٢٩) في الاصل : فالمستتيب ، وما اثبتناه عن س ب .

(١٣٠) س : ان ينهاء .

(١٣١) الزيادة من س ب .

(١٣٢) ب : فيه وهو ما في المطبوعة .

(١٣٣) جاء في حاشية الاصل ما نصه : الاصح في حالة الاطلاق ان يستخلف
فيما لا يقدر دون غيره .

(١٣٤) س والمطبوعة : هذا ان نهاء .

(١٣٥) ب والمطبوعة : يتمكن .

(١٣٦) في الاصل : واذا ، وما اثبتناه عن س ب .

(١٣٧) في الاصل : هل يجب عليه التزامها ، وما اثبتناه عن س ب .

فعلى رأي الماوردي^(١٣٨) يجب عليه ان ينتهي ، ولا يجوز له ان يستخلف ، لأن عقد^(١٣٩) القضاء عقد جائز^(١٤٠) ينفذ عزل المولي مهما شاء .

وعلى رأي الشيخ أبي علي وغيره القائلين بالتفصيل الذي ذكرناه^(١٤١) عنهم في نفوذ العزل ، فيه نظر ، فمهما قلنا بنفوذ عزله فلا خفاء بوجوب الامتناع ، وعدم جواز الاستخلاف ، ومتى قلنا : لا ينفذ عزله ، فاذا اطلق التولية ، ثم نهاء بعد فصل بينهما بزمان ، يحد [مثله]^(١٤٢) فصلا^(١٤٣) في مثل ذلك ، فهل يجوز له ان يستخلف ، أو يجب عليه ان يمتنع ؟

هذا فيه نظر عندي ، وقاعدة [الانابة]^(١٤٤) تقتضي^(١٤٥) عندي^(١٤٦) انه متى نهاء^(١٤٧) ابتداء أو دواما لا يجوز له الاستخلاف ، ويجب عليه الامتناع .

(١٣٨) انظر أدب القاضي للماوردي ٢/٣٩٣ ، وقابل ذلك بما ذكره فيه في ١٨٠/١ .

(١٣٩) ب : لأن عنده القضاء .

(١٤٠) عبارة الماوردي : « لأنه - أي العقد - في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة لانها استنابة كالوكالة (أدب القاضي ١/١٨٠) » .

(١٤١) انظر الفقرة ٣٨ من هذا الكتاب .

(١٤٢) الزيادة من ب وقد سقطت من س .

(١٤٣) العبارة المبتدئة بقوله : (ومتى قلنا لا ينفذ عزله ..) المنتهية هنا سقطت من س .

(١٤٤) الزيادة من س ، وفي ب : قاعدة الايالة .

(١٤٥) ب : يقتضي .

(١٤٦) في الاصل : عنده ، وما اثبتناه عن ب س .

(١٤٧) س : بانه متى نهاء ابتداء امتنع ثم اعلم ان النائب ..

[اشتراط العلم في نائب القاضي]

[٤٢] ثم اعلم ان النائب للقاضي ان اذن له في الحكم بين الناس مطلقا ، فحكمه في اشتراط العلم ونفيه^(١٤٧) حكم مستخلفه .

وان استتابه في أمور خاصة ، كسماع بينة على دين فقط ، أو في^(١٤٩) سماع تركية الشهود ، لم يشترط ان يكون عالما الا بما يليق بما فوض اليه .

وقال الامام^(١٥٠) :

كان شيخ^(١٥١) يقول : نائب القاضي في القرى اذا لم يفوض اليه امضاء الاحكام^(١٥٢) ، بل فوض اليه سماع البينة ونقلها^(١٥٣) ، فلا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد بل المعتبر في حقه العلم اللائق باحكام البينات . [١١/أ]

النظر السادس : في جواز تولية

قاضيين في بلد واحد

[٤٣] و هو جائز ان عين لكل واحد منهما عملا مستقلا من البلد ،

(١٤٨) في المطبوعة : وبقيّة الشروط حكم مستخلفه ، كذا بتغيير كلمة نفيه الى بقية وزيادة لفظه الشروط من هامش ب وما اثبتناه عن الاصل

وعن س ومتن ب .

(١٤٩) ب : وفي سماع . س : أو سماع .

(١٥٠) الامام : هو امام الحرمين وقد مرت ترجمته .

(١٥١) قوله : كان شيخ ، هو والده ومرت ترجمته .

(١٥٢) في المطبوعة : لاحكام (بسقوط الالف) وهو خطأ مطبعي .

(١٥٣) في المطبوعة البنية (بتقديم النون على الياء) وهو خطأ مطبعي .

منفردا به ، كجانب مخصوص من جانبي بغداد ، أو محلة مخصوصة ، أو صقع (١٥٤) مخصوص ، فيختص كل واحد منهما بالموضع الذي فوض اليه ، فعتي خرج منه الى محلة فوضت الي غيره لم ينفذ حكمه فيها ، ويصير ذلك كبلدين فوض (١٥٥) كل بلد منهما الى حاكم . وهكذا لو فوض الى واحد منهما الحكم (١٥٦) بين الرجال دون النساء وبالعكس ، تقيد (١٥٧) بما خص به ، ولا ينفذ حكمه اذا تعداه الى غيره .

اما ان قلد اثنين القضاء في بلد واحد ، كل منهما يقضي في جميع البلد بين جميع اهله ومن يرد اليه ، هل يجوز (١٥٨) له ذلك ؟ فيه خلاف مشهور ، واصحهما (١٥٩) الجواز والعمل عليه في الامصار (١٦٠) .

ثم اذا ولي (١٦١) القضاء اثنان في البلد على الشيوع في جميع البلد ، فاستحضر (١٦٢) الحاكمان : قال في البحر (١٦٣) :

(١٥٤) س : أو موضع .

(١٥٥) في الاصل : فوض واحد منهما الى حاكم . وهذه العبارة قد سقطت من نسخة س هي وما قبلها من كلام يبتدىء بقوله : (بالموضع الذي فوض اليه .) .

(١٥٦) س : وهكذا لو فوض الى واحد منهما القضاء بين الرجال دون . .

(١٥٧) س : ينفذ بما خص به .

(١٥٨) س : هل يجوز ذلك .

(١٥٩) س : اصحهما (بسقوط الواو) .

(١٦٠) انظر أدب القاضي للماوردي ١٥٨/١ ، مغني المحتاج ٣٨٠/٤ .

(١٦١) س : ثم اذا ولي القاضيان .

(١٦٢) س ب والمطبوعة : فاستحضر الخصمان رجلا قال الشيخ أبو علي

من سبق منهما وجب عليه الحضور اليه وان جاء معا أقرع بينهما

(بحذف جملة من الكلام) .

(١٦٣) البحر : وهو كتاب بحر المذهب في الفروع للشيخ الامام ابي

المحاسن عبدالواحد بن اسماعيل الفقيه الشافعي قاضي طبرستان

يجاب الطالب منهما • فان استويا في الطلب ، كاختلافهما في ثمن بيع
أو قسمة ملك اجيب الداعي الى اقربهما ، فان استويا في القرب فوجهان :
احدهما : القرعة •

والثاني : تخليتهما الى ان يتفقا (١٦٤) •

المعروف بالروايي المولود سنة ٤١٥ هـ المتوفى مقتولا بيد الملاحدة
بامل طبرستان سنة ٥٠٢ هـ وله تصانيف كثيرة منها التنجيز
والتهذيب في غريب الحديث وحقيقه القولين وحديه مؤمن في اسرار
والعواني في الحديث والداني في الفروع • وكتاب البحر بحر
تأسيه كما يقول حاجي خليفة ، وهو كما ظهر لي من مقارنة نسخته
المخطوطة الموجودة في دار الكتب المصرية برقم ١١ فقه شافعي عبارة
عن كتاب الحاروي لماوردي مضافا اليه فتاوى الروايي وجده (ابي
العباس احمد بن محمد بن احمد الروايي الضبري المتوفى ٥٥٠ هـ)
فانظر ترجمته صاحب البحر وأخباره في المنتظم ١٦٠/٦ ، بهديب
الاسماء واللغات ٢٧٧/٢/١ ، الوفيات ١٦٨/٦ رقم ٢٦٠ ، مرآة
الجنان ١٧١/٣ ، طبقات الشافعية للسبكي ١٦٢/٧ رقم ٦٠١ ،
طبقات الاسنوي ٥١٧/١ رقم ٥١٨ ، هدية العارفين ٦٣٤/١ ،
الشذرات ٤/٤ ، بروكلمان ٢٦٠/١ والذيل ١٧٢/١ ، معجم المؤلفين
٢٠٦/٦ ، كشف الظنون ٢٢٦/١ ، مفتاح السعادة ٣٥١/٢ ،
مهرست الكتب العربية الموجودة بدار الكتب لغاية ١٦٢١ ح ١ رقم
٢٢ فقه شافعي •

(١٦٤) ما قاله صاحب البحر يشبه ما قاله الماوردي وعبارته : فان اختصم
خصمان وجنب كل واحد منهما خصمه ابي احدهما عمل على قول
الطلب منها دون المطلوب وحاكمه الى من اراده منهما ، لان حكم
كل واحد من القاضيين نافذ عليهما بخلاف ما قدمناه في القاضيين
اذا كانا في جانبين ، لقصور نظر كل واحد منهما على جانبه وعموم
نظر هذين القاضيين في جميع البلد ، فان كان كل واحد من المتنازعين
طالباً ومطلوباً لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن مبيع
أو قدر صداق يوجب تحالفهما فيه عمل على قول من دعا الى اقرب

وقال في الروضة (١٦٥) ثلاثة اوجه •

- احدها : يجب المدعى عليه ، لأن جانبه أقوى •
- والثاني : المدعي •

انقاضيين اليهما • فان استويا في القرب ففيه وجهان احدهما يقرع بينهما ويعمل بقول من قرع منهما ، وانوجه الثاني يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا باحدهما • فانظر ادب انقاضي ١٥٨/١ - ١٥٩ •

(١٦٥) الروضة : هو كتاب روضة الاحكام وزينة الحكام للقاضي الامام ابي نصر شريح بن عبد الكريم بن الشيخ ابي العباس احمد الروياني ابن عم صاحب البحر الذي تقدمت ترجمته كان من كبار الفقهاء من بيت علم وقد ولي القضاء في آمل بطبرستان توفي سنة ٥٠٥هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ١٠٢/٧ رقم ٨٠٠ ، طبقات الاسنوي ٥٦٩/١ رقم ٥٢٢ ، طبقات ابن هداية الله ٧٩ ، كشف الظنون ٩٢٣/١ ، وكتاب الروضة كثير الفوائد ، وتوجد منه نسخة مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق برقم ٢٧٢ فقه شافعي تسلسل ٢١٧٤ ، ولا ينصرف الذهن هنا الى ان المراد بالروضة هو روضة الطالبين للنووي المشهورة بين الكتب الشافعية باسم الروضة لان المؤلف لم يعيش حتى تأليفها فقد توفي ونا يبلغ النووي احدى عشرة سنة ومن المعلوم ان النووي ولد سنة ٦٣١هـ وصاحبنا قد توفي سنة ١٤٢هـ انظر عن النووي طبقات السبكي ٣٦٥/٨ رقم ١٢٨٨ ، كشف الظنون ٩٢٩/١ ، تذكرة الحفاظ ١٤٧٠/٤ ، شذرات الذهب ٣٥٤/٥ ، النجوم الزاهرة ٢٧٨/٧ ، وكلام شريح الروياني الذي نقله المؤلف تجده في روضه الحكام الورقة ٥/ب - ١/٦ في باب قاضيين في بلد واحد • اذ قال : فلو أراد المدعي التحاكم الى احدهما وأراد المدعي عليه الآخر ففيه ثلاثة اوجه احدهما : الاختيار الى المدعي لأنه الطالب والثاني : الى المدعى عليه لأن جانبه أقوى لمساعدة الظاهر اياه ، ولهذا كان القول قوله مع يمينه ، والثالث : يقرع بينهما • انتهى •

والتالث : القرعة (١٦٦) .

قال الشيخ أبو علي :

من سبق منهما وجب عليه الحضور اليه ، وان جاء معا افرع بينهما .

النظر السابع : في جواز أخذ القاضي الرزق

على القضاء (١٦٧)

[٤٤] واذا تقلد شخص القضاء ، ان تعين عليه بالشروط السابقة ، وكانت له كفاية [من أمواله] (١٦٨) لم يجز أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته ، وان كان فقيرا ، أو مسكينا لا يكفيه ما يملكه ، جاز له ان يأخذ عليه تدر كفايته من بيت المال .

وان لم يتعين عليه ، فان كان محتاجا جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية ، وان كان غنيا فالاولى له ان لا يأخذ شيئا (١٦٩) .

وقال الشيخ أبو علي : يكره له اخذه (١٧٠) والحالة هذه ، وذكر عين (١٧١) ما ذكرناه من التفصيل في الاجرة أيضا ، الا انه حكى عن

(١٦٦) العبارة المبتدئة بقوله (قال في البحر . .) المنتهية هنا سقطت من س ب والمطبوعة . وقد سقط الموضوع كنه من ق ظ .

(١٦٧) في المطبوعة : على القضاة (وهو سهو) .

(١٦٨) الزيادة من س ب .

(١٦٩) انظر بشأن هذه المسألة : المهذب ٢/ ٢٩١ ، ٣٠٦ ، الام ٦/ ٢٢٢ ،

المختصر ٥/ ٢٤٥ ، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٢٩٤ ، البحر ح ٧

الورقة ٦٥ ب ، نهاية المحتاج ٨/ ٢٤٥ .

(١٧٠) س : يكره له أخذ الرزق .

(١٧١) في الاصل وفي نسخة س : وذكر غير ما ذكرناه . . وما اثبتناه

عن ب .

صاحب التقريب (١٧٢) قولا انه يجوز لمن تعين عليه وله كفاية (١٧٣) أخذ الرزق ، وقال : المعروف عند أصحابنا انه لا يجوز .

★ ★ ★

(١٧٢) التقريب : كتاب في الفروع لنشيخ الامام قاسم بن محمد بن القفال الشاشي الشافعي قاتوا عنه انه اجل كتب الشافعية ، وهو الذي تخرج به فقهاء خراسان ، وازدادت طريقة أهل العراق به حسنا ، وهو غير التقريب الذي لسليم بن أيوب الرازي الفقيه الشافعي الاديبي المتوفى ٤٤٧هـ ، وتقريب ابن القفال وقد ينسبونه الى أبيه - قد اتى عليه ابن خلكان والبيهقي وامام الحرمين ولخصه ونقل عنه صاحب النهاية والنوسيط ويقع في عشرة مجلدات فانظر عن الكتاب كشف الظنون ٤٦٦/١ ، واما مؤلفه : فهو مشهور الفضل ، جليل المقدر في حياة أبيه ، جمع نصوص الشافعي ، وكان اوثق من جمعها وادعها في التقريب ، وكان حافظا يشهد بفضله كتاب التقريب هذا ، وقد ذكر اسماعيل باشا البغدادي ان وفاته كانت في حدود سنة ٤٠٠هـ ، فانظر هدية العارفين ٨٢٧/١ ، وانظر عنه طبقات العبادي ١٠٦ . وفيات الاعيان ٢٠٠/٤ ضمن ترجمة ابيه القفال الشاشي الكبير ، طبقات السيكي ٤٧٢/٣ رقم ٢٢٧ طبقات الاسنوي ٣٠٣/١ رقم ٢٧٦ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت) ١١٧ ، تهذيب الاسماء واللغات ج ٢ من القسم الاول ص ٢٧٨ رقم ٤٧١ .

(١٧٣) س : الكفاية .

الفصل الرابع

في أدب^(١) القضاء

[٤٥] وينبغي للقاضي ان يتأدب في قضائه بأداب شرعية ، يستحق^(٢) عليه بعضها ، وبعضها يستحب له التأدب بها . وان من أحق الناس بالتأدب^(٣) بأداب الله تعالى ومطالبة^(٤) النفس باحكامه ، ورعاية حقوقه من تقلد القضاء وانتصب لفصل الاحكام ، فاتقى^(٥) امر ربه جل جلاله ، ونهى النفس عن الهوى ، وتذكر بوقوف الخصوم بين يديه ، ومقامه^(٦) معهم ، يوم القيامة ، يوم يقوم الناس لرب العالمين ، ويحكم بينهم احكم الحاكمين ، يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ولهم اللعنة ، ولهم سوء الدار ، واستعد لساءلة الرب تعالى جوابا ، وتذكر بين يديه وقوفا وحسابا .
والآداب التي يتأدب بها الحاكم خمسة عشر أدبا .

[اعلام اهل البلد بقضومه]

[٤٦] الادب الاول : انه متى أراد قصد عمله^(٧) قدّم بين يديه

-
- (١) س : في آداب ، وقد سقط هذا الفصل من ط ق .
 - (٢) س ب والمطبوعة : بأداب شرعية بعضها مستحق عليه وبعضها مستحب . . وما اثبتناه عن الاصل .
 - (٣) العبارة (وان من احق الناس بالتأديب) سقطت من ب .
 - (٤) في الاصل : ومطالبته الفقيه باحكامه . . وما اثبتناه عن ب س .
 - (٥) س : واقتفى .
 - (٦) س : مقامه (بسقوط الواو) .
 - (٧) في الاصل : قصد مجلسه وما اثبتناه عن ب س .

كنايا أو رسولا الى اهله يعلمهم بقدمه ليتهيؤوا^(٨) للقائه ، فاذا التقوه^(٩)
 اكرمهم على اقدارهم ، وينبغي ان يكون بين يديه من يعرفه بذلك •
 ثم يختار له دخول البلدة بكرة الاثنين ، فان تعذر فيوم الخميس •
 ويختار له الدخول وهو لابس السواد ، هكذا قاله^(١٠) القاضي أبو
 الطيب الطبري ، قال : لأن النبي صلى الله عليه وسلم « دخل مكة وعليه
 عمامة سوداء »^(١١) •

ولأنه أكثر هية •

وكما^(١٢) ذكره الماوردي وزاد فيه استحباب لبس الطيالة السود

(٨) س : ليتأهبوا •

(٩) ب س : تلقوه •

(١٠) ب : هكذا قاله أبو الطيب •

(١١) حديث « ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعليه عمامة
 سوداء » رواه الامام مسلم في الصحيح في الحج عن جابر وعن عمرو
 ابن حريث (صحيح مسلم : ٩٩٠/٢ رقم ٤٥١ - ٤٥٢) وانظر
 (صحيح مسلم بشرح النووي ١٣٣/٩) ورواه أبو داود عنهما في
 اللباس (سنن ٥٤/٤ رقم ٤٠٧٦ ، ٤٠٧٧) وابن ماجه عن جابر في
 الجهاد (سنن ٩٤٢/٢ رقم ٢٨٢٢) وعنه وعن ابن عمر في اللباس
 (سنن ١١٨٦/٢ رقم ٣٥٨٥ - ٣٥٨٦) والترمذي عن جابر في
 اللباس (سنن ١٣٨/٣ - ١٣٩ ، رقم ١٧٨٩) وقال : وهو حديث
 حسن صحيح ، وقال : وفي الباب عن عمرو بن حريث وابن عباس
 وركانة وانظر تحفة الاحوذى (٤١٠/٥) ورواه الامام أحمد (المسند
 ٣٦٣/٣ ، ٣٨٧ ، ٣٠٧/٤) •

(١٢) س : وهكذا ذكره الماوردي ، ب والطبوعة : ومما ذكره الماوردي ،
 قلت : والذي ذكره الماوردي تجننه في أدب القاضي له ٢/٤٤٢ -
 ٢٤٣ ، وقد وهم محقق الطبوعة في إحالته الى الجزء الاول ص ١٩٢ ،
 ٢١٨ منه ، فليس فيهما ذلك •

في حق المازج لابناء الدنيا ، قال : ويزيد عليهم بما يتميز به (١٣) ، ويزيد في هيئته بلباس لا يشاركه فيه غيره ، وسمت لا يشاركه فيه غيره (١٤) ، قال : وان كان موصوفاً (١٥) بالزهد والتواضع والخشوع ، كان ابلغ (١٦) في هيئته ، وازيد في رهبته (١٧) .
 فاذا دخل البلد صلى (١٨) في المسجد الجامع ، وامر من يقرأ على اهله كتاب عهد الامام اليه .
 وقد سبق ذكر الخلاف في الاكتفاء بالاستفاضة أو وجوب الاشهاد (١٩) .

[النزول وسط البلد]

[٤٧] الثاني :

ينبغي (٢٠) ان ينزل في وسط البلد ، ويتخذ له مسكناً سرياً (٢١)

-
- (١٣) قوله : (ويزيد عليهم بما يتميز به) ليس في نسخة س .
 (١٤) في أدب القاضي للماوردي : (وسمت يزيد على غيره فيه) وقد سقطت هذه العبارة من س .
 (١٥) في أدب القاضي للماوردي : وان كان موسوماً .
 (١٦) في الاصل : فان كان موصوفاً بالزهد والتواضع والخشوع فالخشوع .
 ابلغ . وفي نسخة ب : وان كان موصوفاً بالزهد والتواضع والخشوع ابلغ (بسقوط لفظة : كان) وما اثبتناه عن نسخة س وعن أدب القاضي للماوردي ٢٤٢/٢ .
 (١٧) س : في هيئته .
 (١٨) س ب والمطبوعة : فاذا دخل البلد جلس في المسجد . وما اثبتناه عن الاصل .
 (١٩) انظر الفقرة (٣٨) من هذا الكتاب .
 (٢٠) في المطبوعة اشارة الى ان كلمة (ينبغي) قد سقطت من الاصل الذي اعتمد عليه وهو عندنا نسخة ب ، وليس كذلك بل هي موجودة فيه .
 (٢١) المسكن السري : أي المسكن الشريف (النهاية في غريب الحديث - سري ٣٦٣/٢)

يليق به ، ثم يتخذ له مكاناً واسعاً للجلوس فيه ، للحكم بين الناس :
فإن كان في فصل الصيف [١٢/أ] فليكن ياردا هويّاً (٢٢) فسيحاً .
وإن كان في الشتاء فليكن كئناً (٢٣) .

[اتخاذ البواب]

[٤٨] الثالث :

يختار له [اتخاذ] (٢٤) بواب على أصح الوجهين ، يضبطه
الخصوم ، ويعلمهم بوقت جلوسه (٢٥) ، ووقت راحته (٢٦) ، ويمنع (٢٧)
الناس عنه ، ويعلم الحاكم أو الحاجب بمجيء من يرد عليه من المدول
ليكرمه إذا دخل عليه ، فإنه يستحب (٢٨) للحاكم اكرام الشهود (٢٩)
وذوي الهيئات إذا أتوه (٣٠) زائرين ، وإن جاءه محاكماً عرف الحاكم أو
الحاجب ليسوى بين المتخاصمين كيف كانا ، سواء تساوت مرتبتهما (٣١)
أو تفاوتت . وعلى هذا يستحب للبواب استعمال الحال من كل ذي هيئة

(٢٢) س : هاويا .

(٢٣) س : فليكن مكاناً كئناً ، ولكن في القاموس بالكسر : البيت
واصله وقاء كل شيء وستره . وقوله : كئناً كئناً ، أي بيتاً ساتراً
(قاموس : كئناً ٤ / ٢٦٦) .

(٢٤) الزيادة من س ومن مصحح ب .

(٢٥) في ب وفي المطبوعة : بوقت جلوس الحاكم للحكم ، وقد سقطت هذه
العبارة من نسخة س .

(٢٦) في ب وفي المطبوعة : ووقت راحته .

(٢٧) في الاصل وفي نسخة ب : ومنع الناس .

(٢٨) س : مستحب .

(٢٩) سياًتي ذلك بالتفصيل في الفقرتين ١٠٦ ، ١١٣ .

(٣٠) س : أتوا .

(٣١) في المطبوعة : مرتبتهما ، وهو سهو .

يرد الى باب الحاكم ، ويسأله (٣٢) في ماذا (٣٣) جاء له ، ثم ينهي الى الحاكم ما ذكر انه جاء لاجله ، وهذا عندي من أهم الاشياء ، واحبها (٣٤) ، فكس من ذي خطر (٣٥) يدخل على الحاكم قاصدا الحكومة ولا (٣٦) يشعر الحاكم به ، فيكرمه بقيام واجلاس الى جانبه وبسط معه ، ظنا منه انه جاءه لزيارة ، أو أداء شهادة ، واذا الخصم قد دخل وراءه ، ويكون ادلاله بمنزله (٣٧) اوجب له الدخول على الحاكم قبل خصمه ، والنفوس خيفة (٣٨) تحمل أربابها على التقدم وحب الرياسة (٣٩) [والغلبة] ، وان كان فيه هلاكها عند الله تعالى (٤٠) ، ولا دافع (٤١) لهذا المحذور عند الحاكم الا سبق علم (٤٢) بصفة مجيئه ، ولا طريق له الا اعلام البواب أو الحاجب ، فكان هذا من احب الامور المختارة للحاكم .

-
- (٣٢) ب المطبوعة : ويسأله .
 (٣٣) س : فيما حاله ، وفي المطبوعة : في ماذا حاله ، ولعل ذلك ناتج عن ان الاقدمين كانوا لا يكتبون الهزة المتطرفة بعد الالف ، وانما يضعون على الالف علامة المد دليلا عليها .
 (٣٤) في نسخة س وفي المطبوعة : واحسنها ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن سياق الحديث الذي سيأتي بقوله : فكان هذا من احب الامور .
 (٣٥) س : فكس ممن حضر .
 (٣٦) ب والمطبوعة : لا (بسقوط الواو) .
 (٣٧) س : بمنزلة .
 (٣٨) ب : سيئة ، وفي المطبوعة ونسخة س : مسيئة ، وما اثبتناه عن الاصل .
 (٣٩) في الاصل : وحب الرئاسة رئاسة والتصحيح والزيادة من س ب .
 (٤٠) الزيادة من س .
 (٤١) في الاصل ولا دفع .
 (٤٢) ب س : سبق علمه (وكذا في المطبوعة) .

نعم يشترط في البواب ان يكون ثقة أمينا عفيفا نزها^(٤٣) .

[اتخاذ البواب]

[٤٩] الرابع :

قال الشافعي رضي الله عنه :

ينبغي للحاكم ان لا يتخذ حاجبا^(٤٤) .

ومن أصحابنا من قال :

هذا في حال سكون الناس وخيرهم^(٤٥) واجتماعهم على التقوى ،

فاما اذا كثر الهرج والسفهاء ، واستطال الاغنياء ، استحجب له ان يتخذ حاجبا^(٤٦) .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري :

يستحب له ان يتخذ حاجبا يقوم على رأسه اذا قعد للقضاء ، ليقدم

الخصوم ويؤخرهم قلت :

هذا هو الصحيح ، ولا سيما في وقتنا^(٤٧) هذا ، مع فساد العوام ،

فانه متى كان للحاكم حاجب رتب الخصوم ، وقدم من حضر أولا على

من تأخر ، [ومنهم من المخاصمة على التقدم والتأخر]^(٤٨) وزجر

(٤٣) قوله : (نزها) ليس في س .

(٤٤) كلام الشافعي تجده في الام ٢٠١/٦ ، مختصر المزني ٢٤١/٥ .

المهذب ٢٩٥/٢ ، أدب القاضي للماوردي ١٩٩/١ .

(٤٥) س : وحرصهم (بدل وخيرهم) .

(٤٦) قوله : ومن أصحابنا من قال هذا في حال سكون الناس وخيرهم .

الى آخره ، تجد هذا القول في أدب القاضي للماوردي ٢٠١/١ معزوا

الى بعض الاصحاب .

(٤٧) ب والطبوعة : في زمننا ، وفي س : في زماننا .

(٤٨) الزيادة من ب س .

الظالم منهم ، واخذ^(٤٩) بيد المظلوم ، وفيه آية^(٥٠) عظيمة [ب/١٢] لنحاكم
ومنصبه^(٥١) لا تخفى ، ولكل زمن أحوال ومراسم^(٥٢) تقتضيه وتناسبه ،
ولولا الحجاب لما تميز أحد بالسابقة ، ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم
واقدارهم في زيارة واداء شهادة •

وكلام الشافعي رضي الله عنه محمول على ما اذا قصد بالحاجب
الاحتجاب عن الناس والاكتفاء به ، أو خوفا من ارتشاء الحاجب •
ثم قال الماوردي :

يشترط في الحاجب ثلاثة شروط مستحقة : العدالة ، والعفة ،
والامانة ، وخمسة مستحبة : [ان يكون]^(٥٣) حسن المنظر^(٥٤) وجميل
المخبر ، عارفا بمقادير الناس بعيدا عن الهوى^(٥٥) ، معتدل الاخلاق ، بين
الشراسة واللين^(٥٦) •

-
- (٤٩) س : والاخذ •
(٥٠) ب والمطبوعة : وفيه ابهة عظيمة • وفي س : وقيام هيبة عظيمة ،
وما اثبتناه عن الاصل •
(٥١) س والمطبوعة : ومنصبه لا يخفى ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ،
ومعنى منصبة أي رفعة ، قال في المصباح : يقال : لفلان منصب
وزان مسجد : أي علو ورفعة (نصب ٩٣٧/٢) •
(٥٢) س : ورسوم •
(٥٣) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن س ب واثباته عن أدب
القاضي للماوردي ٢٠٤/١ •
(٥٤) في الاصل وفي نسخة س : حسن النظر ، وما اثبتناه عن نسخة ب
وعن أدب القاضي للماوردي ٢٠٤/١ •
(٥٥) في الاصل وفي نسخة س : من الهوى وما اثبتناه عن ب وعن أدب
القاضي للماوردي ٢٠٤/١ •
(٥٦) انظر كلام الماوردي في كتابه أدب القاضي ٢٠٤/١ الفقرة ٢٦٣ •

ويقال : ان أول حاجب ارتشى في الاسلام يرفا^(٥٧) ، حاجب
عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فان^(٥٨) المغيرة^(٥٩) بن شعبة استصعب
الأذن على عمر رضي الله عنه في خلوة أرادها مع عمر ، فرشا يرفا حتى

(٥٧) يرفا ، كيمنع ، مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، قال النووي :
هو بفتح الياء واسكان الراء ، ومنهم من همزه ، والصحيح انه غير
مهموز ، ولم يذكر صاحب المحكم في اللغة مع جلالته الا ترك همزه ،
فذكره في باب الراء والفاء والياء ، وفي سنن البيهقي في قسمة الفاء
انه يسمى : اليرفا بالالف واللام انظر تهذيب الاسماء واللغات
ج ١ قسم ٢ ص ١٦٠ ، الاصابة ٦٣٣/٣ رقم الترجمة ٩٣٨٩ ،
تاريخ الطبري (ط : اوربا) ٢١٤٥/١ ، ٢٧١٦ ، ٢٧١٩ طبقات
ابن سعد ج ٣ قسم ١ ص ٢٠٧ ، ٢٢٥ ، ج ٥ ص ٦١ ، وقوله :
ويقال ان أول حاجب ارتشى في الاسلام يرفا حاجب عمر ٠٠ اخرجه
البغوي عن طريق المطلب بن حنطب ، قال المغيرة : انا اول من
رشا ٠٠ (الاصابة ٤٣٢/٣ رقم ٨١٨١) ورواه ابن قتيبة في المعارف
٥٥٨ ، وانظر القصة في مصادر الترجمة ٠

(٥٨) ب : قال المغيرة ٠

(٥٩) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك الثقفي
أبو عيسى وأبو محمد ، اسلم عام الخندق وشهد الحديبية ، وله
في صلحها كلام مع عروة بن مسعود (سيرة ابن هشام ٣١٣/١)
وكان موصوفا بالدهاء ، حتى عده الشعبي أحد دهاة العرب ، ولي
المغيرة البصرة على عهد عمر فلم يزل عليها حتى قتل عمر فاقره
عثمان عليها ثم عزله ، شهد المغيرة اليمامة وفتح الشام والقادسية
ونهاوند وذهبت عينه في اليرموك ، اعتزل الفتنة بعد قتل عثمان
استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها الى ان مات سنة خمسين
انظر الاصابة ٤٣٢/٣ ، الاستيعاب ٣٦٨/٣ ، أسد الغابة ٢٤٧/٥
رقم ٥٠٦٤ ، جمهرة انساب العرب ٢٦٧ ، خلاصة تهذيب
الكمال ٣٨٥ وفيه ان له مائة وستة وثلاثين حديثا اتفاقا على تسعة
وانفرد البخاري بحديث ومسلم بحديثين ٠

سهل له الاذن^(٦٠) ، فكان المغيرة أول من رشا^(٦١) في الاسلام ، ويرفأ أول^(٦٢) حاجب ارتشى في الاسلام^(٦٣) ، وكان المغيرة يسأل يرفا إن يجلسه في الدهليز اذا تعذر عليه الوصول الى عمر ، حتى يظن الناس انه قد وصل الى عمر^(٦٤) ، فيعلموا ان له منزلة الاختصاص به .

[اتخاذ الاعوان]

[٥٠] الخامس :

ان يرتب له اعوانا ، وهم المسمون بالاجرياء^(٦٥) ، المرتبون لاحضار الخصوم اذا استدعى^(٦٦) عليهم . وينبغي ان يكونوا من [ذوي الدين ، و]^(٦٧) اهل الثقة والامانة ، والقناعة^(٦٨) ، والبعد عن الطمع .

(٦٠) وردت في ب زيادة هي قوله (فكان المغيرة بن شعبه استصعب الادن على عمر رضي الله عنه) وهي تكرار لما سبق . وفي س : حتى يسهل له الاذن عليه .

(٦١) في المطبوعة : رشى (بالالف التي تشبه الياء) وهو سهو لان الفعل رشا واوى .

(٦٢) س والمطبوعة : أول من ارتشى في الاسلام ، وقد سقطت هذه العبارة من ب .

(٦٣) العبارة (فكان المغيرة أول من رشا في الاسلام ويرفأ أول حاجب ارتشى في الاسلام) سقطت من ب ، وقد جاءت بعدها في س زيادة هي قوله : وان هذا زنة من قائله المغيرة .

(٦٤) العبارة : (حتى يظن الناس انه قد وصل الى عمر) ليست في س .

(٦٥) س : الاجراء .

(٦٦) في الاصل : استدعى والتصحيح من ب س .

(٦٧) الزيادة من س ب .

(٦٨) ب : والقنع ، س : والتعفف . وقد اختار محقق المطبوعة ما في نسخة س .

[اتخاذ الكاتب]

[٥١] السادس :

يختار^(٦٩) له اتخاذ كاتب عاقل ، فاضل ، أمين ، عدل ، عارف^(٧٠) بصناعة الشروط وكتب^(٧١) السجلات ، ووضع الاحكام ، وترتيبها ، جيد الخط ، حسن الضبط ، بعيد^(٧٢) عن الطمع ، وان كان فقيها أشد استحبابا •

[كراهة القضاء في المسجد]

[٥٢] السابع :

نص الشافعي رضي الله عنه على^(٧٣) انه يكره^(٧٤) له الجلوس لفصل القضاء في المسجد قصدا واعتمادا لذلك^(٧٥) •
ونص في موضع على انه لا يستحب^(٧٦) •

-
- (٦٩) س : ان يختار •
(٧٠) ب : عارفا ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما ائتناه عن الاصل وعن س هو الصواب •
(٧١) في س : وكتابه ، وهو الذي ثبته محقق المطبوعة وما ائتناه عن الاصل وعن ب ، وكتب (بفتح فسكون) مصدر كتب •
(٧٢) في ب والمطبوعة : بعيدا •
(٧٣) كررت (على) في ب مرتين •
(٧٤) س : يكره الجلوس •
(٧٥) كلام الشافعي في كراهة انجلوس لفصل القضاء في المسجد تجده في الام ٢٠١/٦ بلفظ : « واذا كرهت له ان يقضي في المسجد فلان يقيم الحد في المسجد أو يعزر اكره ... » •
(٧٦) مونه : « ونص في موضع على انه لا يستحب » قلت تجد كلامه في ذلك في مختصر المزني بلفظ : « احب ان يقضي القاضي في موضع بارز للناس لا يكون دونه حجاب ، وان يكون في غير المسجد لكثرة

فمن الاصحاب^(٧٧) من قال : لا يكره على هذا النص الثاني •
والشهور في مذهبنا الكراهة • الا انه لا خلاف^(٧٨) في انها
كراهة تنزيه •

ثم ان كان في المسجد تغير فصل [١٣/أ] الحكومات ، فاتفقت عند
خصوصة أو خصوصات ، فصلها بين أربابها بغير كراهة قولاً واحداً •

[مشاوررة القاضي للعلماء]

[٥٣] الثامن :

ينبغي له ان يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه ،
لمشاورتهم^(٧٩) في المشكلات ، ومناظرتهم في المجتهدات ، ثم لا يخرج
من منزله حتى يجتمعوا •

والمشاورة مستحبة ، لا انه^(٨٠) يقلدهم ، فان تقليدهم غير جائز
على الصحيح من المذهب^(٨١) •

الفاشية والمشاورة بين الخصوم •• ، انظر مختصر المزني - على
هامش الام - ٢٤١/٥ •

(٧٧) قوله : « فمن الاصحاب » يقصد بهم الشافعية ، وتجد هذه المسألة
في كتبهم مثل كتاب المذهب ٢٩٤/٢ ، البحر للرواني ١٨٠/٦ ،
أدب القاضي للماوردي ٢٠٥/١ نهاية المحتاج ٢٤١/٨ ، الروضة
١٣٨/١١ ، مغني المحتاج ٣٩٠/٤ ، شرح روض الطالب ٢٩٧/٤ •
حاشية الجبل على شرح المنهج ٣٤٦/٥ •

(٧٨) س : لا خلاف انها كراهة تنزيه •

(٧٩) س : ليساورهم •

(٨٠) مصحح ب ، وفي المطبوعة : لا لأنه ، وقد سقطت جملتها من س •

(٨١) العبارة : (والمشاورة مستحبة لا انه يقلدهم فان تقليدهم غير جائز
على الصحيح من المذهب) سقطت من س •

وقال ابن سريج :

إذا اتفقت خصومة مسافر في واقعة لم^(٨٢) يغلب على ظنه فيها شيء ، وخاف فوت الرقعة ، فله تقليد غيره .

والصحيح هو الاول :

وعليه - ان لم يتضح له الحق - تأخير الحكم الى ان يتضح .

بل المشاورة ليسمع من العلماء ما عندهم ، ويعرضه على رأيه ، ويتنبه^(٨٣) للدلة والمشكلات ، فيكون ذلك معونة [له]^(٨٤) على تذليل طرق الاجتهاد ، ومعرفة مسالك^(٨٥) النظر .

[الدعاء بالمأثور حين الخروج الى مجلس الحكم]

[٥٤] التاسع :

إذا اراد الخروج من منزله الى مجلس حكمه خرج بسكينة^(٨٦) ووقار وقال : اللهم اني أعوذ بك ان ازل أو اضل ، او اظلم ، او اجهل ، او يجهل علي^(٨٧) ، ثم يجلس مستقبل القبلة في أصح الوجهين^(٨٨) .

(٨٢) ب المطبوعة : ولم (بزيادة الواو) وما اثبتناه عن الاصل وعن س .

(٨٣) س : وتبينه الادلة .

(٨٤) الزيادة من س ب .

(٨٥) في المطبوعة : ومعرفة مسالك العلة ، وأشار محققها في الحاشية الى ان كلمة (العلة) زيادة من عنده لاتمام الكلام ، ثم قرأ العبارة بهما هكذا : النظر التاسع . . . وهو سهو .

(٨٦) في المطبوعة : بسكينة (بتقديم النون على الياء) وهو سهو مطبوعي .

(٨٧) قوله : وقال : اللهم اني أعوذ بك ان ازل أو اضل أو اظلم أو اجهل أو يجهل علي . . قلت هو دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته فيما روته أم سلمة عنه ، الذي رواه أبو داود من طريق الشعبي عنها (سنن أبي داود - كتاب الادب - ٣٢٥/٤ رقم ٥٠٩٤) والترمذي (سنن - دعوات - ١٥٤/٥ - ١٥٥

وحكى الشيخ أبو علي وجها انه يستدبرها^(٨٩) في مجلسه^(٩٠) ليكون الخصوم مستقبليها •

[تفقد أحواله الخاصة قبل الحكم]

[٥٥] العاشر :

إذا أراد الجلوس للحكم تفقد أحوال نفسه من جوعه وعطشه وغضبه وقلقه ، فانه يكره له ان يقضي وهو غضبان ، أو جائع جوعا يشوش فكره ، أو عطشان ، أو حاقب ، أو حاقن^(٩١) ، أو مشغول الفكر بحزن مفرط أو ألم مؤلم ، والفرض ان لا يكون على صفة تشوش عليه نظره وفكره •

[ترتيب العلل وأرباب المسائل المترجمين وغيرهم] •

[٥٦] الحادي عشر :

يختار له ترتيب عدول بلده على طبقاتهم بعد سؤاله عنهم ، ويرتب في الترتيب عدولا عندهم خبرة وبشروطها •

وكذلك يفعل بأرباب مسائله ، وسنصفهم ان شاء الله تعالى •

وليس له ان يرتب شهودا لا يسمع قول غيرهم ، لأنه لا فائدة فيه ،

رقم ٣٤٨٧) والنسائي (سنن - الاستعاذة - ٢٦٨/٨) وابن

ماجة (سنن - كتاب الدعاء - ١٢٧٨/٢ رقم ٣٨٨٤) •

(٨٨) انظر ذلك في أدب القاضي للماوردي ٢١٨/١ رقم الفقرة ٢٨٥ •

(٨٩) ب : استدبرها •

(٩٠) س : في مجلس الحكم •

(٩١) ب س والمطبوعة : أوحاقن أو حاقب ، وما اثبتناه عن الاصل ، والحقاب

قال ابن الاثير : هو الذي احتاج الى الخلاه فلم يتبرز فانحصر غائطه •

والحاقن هو الذي حبس بوله (النهاية في غريب الحديث مادة حقب

وحقن ٤١١/١ ، ٤١٦ •

فانه اذا شهد عنده غير من رتبهم ، بحق شرعي ، وعرفه^(٩٢) بالمدالة ، وجب عليه سماع شهادته والعمل بها [اذا وجد شرطها]^(٩٣) ، ويحرم عليه الامتناع ، لكون الشاهد غير مرتب مع من رتبهم^(٩٤) ، ولو فعل ذلك خالف الكتاب والسنة واجماع الامة^(٩٥) .

[٥٧] ثم يرتب المترجمين والمسمع ، وهو الذي يسمع [١٣/ب] القاضي الاصم الذي يجوز قضاؤه .

[٥٨] اما المزكى فلا يسمع التزكية الا من عدلين .

[٥٩] واما أبواب المسائل ففيه خلاف وتفصيل سندكره ان شاء الله في موضعه .

[المترجم وشروطه]

(٦٠) واما المترجم فلا بد أيضا من المدد فيه ، هكذا قاله الاصحاب . وقال الامام :^(٩٦)

والوجه^(٩٧) ان يقال^(٩٨) : ان كانا يعرفان العربية لكنهما لا يحسنان النظم ، فهما كطرش^(٩٩) القاضي ، ويكفي فيه مسمع واحد على أحد^(١٠٠)

(٩٢) في الاصل : وعرفهم .

(٩٣) الزيادة من س ب .

(٩٤) ب والمطبوعة : من رقبه ، س : مع قرتبه ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٩٥) ب والمطبوعة : واجماع الائمة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س .

(٩٦) قوله : وقال الامام ، قلت هو امام الحرمين ضياء الدين أبو المعالي عبدالمذك بن الشيخ أبي محمد الجويني الذي مرت ترجمته .

(٩٧) ب والمطبوعة : الوجه .

(٩٨) ب : ان يقول .

(٩٩) في الاصل : فهو كطرش .

(١٠٠) س : على أحد القولين .

الوجهين ، ولو كانا^(١٠١) اعجميين وبالحضرة عدول يسمعون ويعرفون ،
ففي اشتراط العدد في المترجم وجهان^(١٠٢) . والا ظهر الاكتفاء بمترجم
واحد ومسمع واحد ، لأن الحاضرين لو سمعوا تغييرا لا بدوا نكرا^(١٠٣) .
وقال الماوردي :

- يؤدي المترجم الترجمة بلفظ الشهادة^(١٠٤) .
- وقال بعض أصحابنا :
- يذكره بلفظ الخبر دون الشهادة .
- قلت أنا :

فعلى هذا الوجه يقبل فيه مترجم واحد ، كهلال رمضان وبقيّة
الاخبار .

فان^(١٠٥) كانا اعجميين ، فهل للمترجمين^(١٠٦) ان يترجما عن
الخصمين ؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في الشاهدين ، اذا تحملا عن

(١٠١) س : وان .

(١٠٢) جاء في حاشية الاصل قوله (الاصح اشتراط العدد) قلت انظر
بشان هذا الموضوع نهاية المحتاج ٢٥٢/٨ ، المختصر ٢٤٢/٥ ، الام
٢٠٨/٦ ، البحر ج ٦ الورقة ١/١٥٩ ، المهذب ٣٠٤/٢ ، مختصر
المهمات للعراقي الورقة ١/٤٢٥ ، أدب القاضي للماوردي ٦٩٥/١
الفقرة ١٨٠٣ وما بعدها .

(١٠٣) العبارة (لا بدوا نكرا) سقطت من س .

(١٠٤) قوله : وقال الماوردي يؤدي المترجم الترجمة بلفظ الشهادة انظر
قول الماوردي في أدب القاضي ٦٩٨/١ - ٦٩٩ .

(١٠٥) في الاصل : وان ، وفي س : فلو ، وما اثبتناه عن ب .

(١٠٦) س ب والمطبوعة : فهل للمترجمين عن احدهما ان يترجما عن
الآخر ؟ وما اثبتناه عن الاصل .

شاهد أصل هل يتحملان عن الشاهد الآخر (١٠٧) ؟
وقال البغوي (١٠٨) :

إذا كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين قبل في الترجمة شاهد
وامرأتان •

وقال (١٠٩) البغوي :

وجب ألا يقبل إلا رجلان كما لا تثبت (١١٠) الشهادة على الشهادة
بقول النساء حتى لو كان الخصم امرأة اعجمية يشترط أن يترجم قولها
رجلان •

قال :

وهل يجوز أن يكون المترجم أعمى ؟
فيه وجهان (١١١) :
أحدهما : لا كالشهادة •

والثاني : بلى (١١٢) ، لأنه ينقل لفظ الخصم ، والقاضي يراه فلا

(١٠٧) وهو الذي سيأتي في باب الشهادة على الشهادة •
(١٠٨) البغوي : هو الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي ،
وقد مرت ترجمته •

(١٠٩) ب والمطبوعة : قال (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن الاصل
وعن س •

(١١٠) س والمطبوعة : كما لا تقبل الشهادة على الشهادة •
(١١١) ورد في حاشية الاصل قوله (الاصح انه يجوز أن يكون المترجم
أعمى) قلت : عن هذه المسألة انظر أدب القاضي للماوردي ٦٩٧/١ •
مغني المحتاج ٣٨٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٥٢/٨ •
(١١٢) (بلى) كذا في الاصل وفي س ب والمطبوعة ، ولعل الصواب :
(نعم) •

• يحتاج الى البصر •

[السمع]

[٦١] وفي السمع ثلاثة اوجه ، في الثالث : ان العدد لا يشترط الا ان يكون الخصمان اعميين (١١٣) •

وهذا له مزيد شرح سيذكر •

[كراهة مباشرة للبيع والشراء]

[٦٢] الثاني عشر (١١٤) :

يكراه له مباشرة البيع والشراء بنفسه ، أو بوكيل خصيص به ، مشهور بوكالته •

وهكذا يكراه له ولوج الاسواق ، ومخالطة الناس في البيع والشراء ، وفي المواضع التي لا يليق بالعلماء والحكام الاجتياز بها •

[حكم الهدية]

[٦٣] الثالث عشر :

يحرم عليه قبول الهدية من الخصمين ، أو من احدهما •
نلو قبل - مع التحريم - هل يملكها ؟
فيه وجهان (١١٥)

(١١٣) في الاصل : الا ان يكون الخصمان اعميين •

(١١٤) ذكرت هذه الفقرة في نسخة س بعد التي تليها •

(١١٥) ورد في حاشية الاصل قوله : (الاصح من الوجهين انه لا يملكها)

قلت : انظر بشأن هذه المسألة : أدب القاضي للماوردي ٢/٢٨١ ،

روضة الطالبين ١١/١٤٣ شرح روض الطالب من اسمنى المطالب

• ٣٠١/٤

اما من لا خصومة له أصلا [١٤/أ] فان جرت له عادة بمهاداته قبل القضاء فلا بأس ، والاولى الترك . وان لم تجبر (١١٦) له عادة بذلك جاز القبول (١١٧) ، والاولى له ان قبل ان يعوضه عنها ، أو يضمها في بيت المال ، والاولى له سد باب قبول الهدايا من كل أحد .

[حضور القاضي الولاثم العامة]

[٦٤] اما الولاثم العامة فلا يكره له الاجابة اليها .

• ووليمة العرس يستحب له اتيانها .

• وهل تجب عليه ؟

• ان قلنا : لا تجب على غيره فهو اولى .

• وان قلنا : تجب على غيره (١١٨) ، ففي وجوبها عليه وجهان (١١٩) .

ولو كثرت الولاثم العامة ، وقطعته عن الحكم امتنع عن الكل ، ولا يخص قوما دون قوم بالاجابة .

[عيادته المرضي وتشيعه الجنائز واتيانه الغائب]

(١١٦) ورد في حاشية الاصل ما نصه : (قوله : وان لم تجر له الى آخره ،

هذا الذي جزم به الغزالي في الوسيط والاصح التفصيل ان هاداه عن

محل ولاية غيره فيجوز فان كان في محل ولايته فلا يجوز) .

(١١٧) في نسخة س : (فان لم تجر له عادة بذلك لم يجز له القبول)

وهو الذي ثبته محقق المطبوعة وقال في هامشها : (وبعبارة الاصل

جاز القبول وهو خطأ) والاصل عنده هو نسخة ب عندنا ، وليس

كما قال لان المؤلف قال بعدها : (والاولى له ان قبل . .) فيفهم

منه انه اراد جواز القبول منه فانظر بشأن هذه المسألة أدب القاضي

للماوردي ٢/٢٨١ .

(١١٨) العبارة : (فهو اولى وان قلنا تجب على غيره) سقطت من ب .

(١١٩) قوله (وجهان) ليس في ب .

[٦٥] اما عبادة المرضى ، وتشيع الجناز ، واتيان الغائب عند مقدمه (١٢٠) ، فيستحب •

فان كثر ذلك اتى (١٢١) من ذلك بما لا يقطعه عن الحكم •

وما هياه له أحد الخصمين من الطعام حكمه حكم الهدية •

قلت :

ومما يدور في خلدي ، ولم أجده منقولا ، انه لو مرض أحد الخصمين هل تستحب له عيادته ؟ أو تكره ، أو تحرم ؟ •

ولو (١٢٢) مات احدهما ، هل يشيع جنازته ؟

[ولو مات له حميم ، أو قريب ، أو ولد ، هل يشيع جنازته ؟] (١٢٣) •

هذا كله فيه عندي تردد (١٢٤) ، والنظر (١٢٥) فيه مجال •

[ضيافة الخصمين]

[٦٦] ثم قال الشافعي رضي الله عنه :

ولا يضيف أحد الخصمين (١٢٦) •

(١٢٠) س : قدمه •

(١٢١) ب س : اتى منه بما •

(١٢٢) ب س : اولو •

(١٢٣) الزيادة من ب س •

(١٢٤) س والمطبوعة : فيه تردد عندي •

(١٢٥) س : والنظر •

(١٢٦) قول الشافعي (ولا يضيف أحد الخصمين) تجده في الام ٢٢١/٦ ،

مختصر المزني ٢٤٥/٥ ، وقد اقتبسه صاحب البحر ح ٦ الورقة

٢/٥٧ ، وأبو اسحاق الشيرازي في المهذب ٣٠٠/٢ •

كان الشيخ الخضري (١٢٧) يقرأها (١٢٨) : ولا يضيف - بفتح الياء ، يعني : لا يكون (١٢٩) القاضي ضيفاً لاحدهما •

والجمهور قالوا : هي : يضيف - بضم الياء • يعني لا يكون (١٣٠) احدهما ضيفاً للقاضي •

وهما في الحكم سواء •

(١٢٧) الشيخ الخضري - بكسر الخاء وسكون الضاد - نسبة الى بعض اجداده واسمه الخضر ، وذلك على لغة من يكسر الخاء ويسكن الضاد من الخضر ، وهي إحدى اللغتين ، فاما من يقول الخضر بفتح الخاء وكسر الضاد فقياسه ان يقول الخضري بفتح الضاد كما قالوا في النسبة الى نمره نمرى وهو باب مطرد لا يخرج عنه شيء ، كما يقول ابن خلكان • والشيخ الخضري هو أبو عبدالله محمد بن أحمد المروزي الفقيه الشافعي امام مرو ومقدم الفقهاء الشافعية ، صاحب أبا بكر الفارسي ، وكان من أعيان تلامذة أبي بكر القفال الشاشي ، وأقام بمرو ناشراً فقه الامام الشافعي ، وكان يضرب به المثل في قوة الحفظ وقلة النسيان ، وله في المذهب وجوه غريبة نقلها الخراسانيون عنه ، حدث عن القاضي أبي عبدالله المحاملي وغيره ، وعقد مجلس الاملاء والتدريس ، وتفقه عليه جماعة منهم أبو علي الدقاق وغيره ، وكان له معرفة بالحديث وكان ثقة ، توفي في عشر الثماتين والثلاثمائة ، انظر وفيات الاعيان ٢١٥/٤ رقم ٥٨٧ ، الوافي بالوفيات ٧٢/٢ ، طبقات العبادي ٦٩ ، طبقات السبكي ١٠٠/٣ رقم ١١٦ ، شذرات الذهب ٨٢/٣ (وجعله في وفيات ٣٧٣ هـ) •

(١٢٨) في المطبوعة : يقرأها •

(١٢٩) في ب والمطبوعة : يعني يكون (بسقوط الحرف : لا) وقد سقطت هذه العبارة وهي قوله : (يعني لا يكون القاضي ضيفاً لاحدهما والجمهور قالوا : هي يضيف بضم الياء) من نسخة س •

(١٣٠) ب والمطبوعة : يعني يكون (بسقوط الحرف لا) •

وقال أبو القاسم الداركي (١٣١) :

هذا كله (١٣٢) اذا كانت دار الخصم بعيدة عن دار القاضي ، فاما ان كان أحد الخصمين جارا للحاكم أو من أقاربه ، جاز للقاضي ان يدعو الى داره وضيافته ، لأن فيه قضاء حق الجوار والقراية فلا تهمة .

قلت :

وهذا عندي على العكس مما ذكره : فان التهمة تمكن من الجار والقريب أكثر من البعيد ، لقربهما من قلب الحاكم ومودته ، وكلما قرب الخصم من الحاكم بجوار أو قراية كانت التهمة اتم ، وهذا (١٣٣) حكمة منع الحكم للاصول والفروع على أحد الآراء ، وعدم قبول الشهادة لهم مطلقا ، وكذلك (١٣٤) لا تقبل شهادة الزوج لزوجته على قول لنا ، ولا شهادة الصديق لصديقه عند مالك رضى الله عنه .

(١٣١) أبو القاسم الداركي نسبة الى دارك قرية من قرى اصبهان واسمه عبدالعزيز بن عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز ، قال عنه الشيخ أبو اسحاق الشيرازي : كان فقيها محصلا تفقه على أبي اسحاق المروزي ، وانتهى اليه التدريس ببغداد وعليه تفقه الشيخ أبو حامد الاسفرايني بعد موت أبي الحسن بن المرزبان وأخذ عنه عامة شيوخ بغداد وغيرهم من أهل الآفاق مات سنة ٣٧٥هـ انظر طبقات الشيرازي ٩٧ طبقات السبكي ٣/٣٣٠ رقم ٢١٠ ، تاريخ بغداد ١٠/٤٦٣ رقم ٥٦٣٥ تهذيب الاسماء واللفات ١/٢/٢٦٣ ، طبقات العبادي ١٠٠ ، المعبر ٢/٣٧٠ ، معجم البلدان (صادر) ٢/٤٢٣ ، وفیات الاعيان ٣/١٨٨ رقم ٣٨٥ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت) ٩٨ .

(١٣٢) من المطبوعة : هذا اذا (بسقوط لفظة : كل وهي موجودة في الاصل وفي ب) .

(١٣٣) (وهذا) كذا في الاصل وفي س ب ومعناه : وهذا التعليل . . وقد غيرها محقق المطبوعة الى (وهذه) وقال ان اللفظ من عندي .

(١٣٤) ب والمطبوعة : ولذلك . وما اثبتناه عن الاصل وعن س .

ثم يلزم على مساق ما ذكره جواز قبول هدية احدهما اذا كان جاراً
أو قريباً ، ولا قائل به مع قيام الخصومة ، فما ذكرناه اولى [١٤/ب] •

[النظر في امر المحبسین]

[٦٧] الرابع عشر :

أول ما ينظر في (١٣٥) امر المحبسین ، وطريقه : طلب ديوان الحكم
ممن كان قاضياً قبله ، ففيه (١٣٦) ذكر المحبسین ، فاذا حضر بين يديه
تصفحه ، واستعلم أحوالهم منه ثم يأمر منادياً ينادي ثلاثة أيام ، ان اتسعت
خطة البلد ، ويوما واحداً ان لم تسع : ان الحاكم عازم على كشف
حال (١٣٧) المحبسین في اليوم القلاني ، فمن كان له غريم محبوس
فليحضر •

ثم ان امكن احضارهم جملة واحدة احضرهم ، وقدم كشف حال
كل (١٣٨) واحد بالقرعة • وان لم يمكن ، احضر واحداً واحداً من
السجن بالقرعة ، فيقدم شخصاً ويسأله عن حبسه •
[٦٨] فان قال : حبسني تعزيراً للدد (١٣٩) كان مني فلا يطلقه في

(١٣٥) في المطبوعة : (فيه) وما اثبتناه عن الاصل وعن س ب وقد ورد
هذا الفصل في الورقة ١١٠/ب من نسخة ط ، والصفحة ١٦٤ من
نسخة ق ، وقد ورد فيهما العنوان على هذه الصورة : (فصل :

ويجب على القاضي النظر في امر المحبسین ••

(١٣٦) س ب والمطبوعة وكذا في ق ط : ففيها ذكر المحبسین فاذا حضرت
بين يديه تصفحها واستعلم أحوالهم منها • وما اثبتناه عن الاصل •

(١٣٧) ب : على حال كشف •

(١٣٨) ب س ق ط والمطبوعة : كشف حال واحد واحد بالقرعة •• وما
اثبتناه عن الاصل •

(١٣٩) في الاصل : لا امر كان مني ، وفي س : للذي كان مني ، وما اثبتناه
عن ب ط ق والدد : شدة الخصومة كما في المصباح (٢/٨٥٠) •

الحال ، بل ينادى في الناس [اياما] (١٤٠) ان قلنا المجبوس ذكر ان الحاكم الاول حبسه للتعزير (١٤١) ، لا في حق مالي لخصم ، فان حضر أحد وخالف (١٤٢) قوله ادام حبسه (١٤٣) ، والا اطلقه ، بعد ان يحلفه انه ما حبس بحق لخصم .

[٦٩] وان قال : حبسي لتعديل بينة شهدت عليّ ، ففي جواز حبسه بذلك [للاول] (١٤٤) وجهان :

فان قلنا : يجوز ، فان حبسه (١٤٥) لم يجز للثاني اطلاقه ولا حبسه الآن (١٤٦) الا يطلب خصمه .

وان قلنا : لا يجوز (١٤٧) للاول حبسه ، اطلق .

وقيل : ينظر : ان كان القاضي [الاول] (١٤٨) قال : حكمت بحبسه ، لزم الثاني حبسه ، وان لم يقل [قد] (١٤٩) حكمت بحبسه ،

(١٤٠) الزيادة من س ب ق ط .

(١٤١) س : بتميز ، ب تعزير ، ق ط : لتعزير ، واختار محقق المطبوعة اللفظ الاخير .

(١٤٢) س : وخالفه .

(١٤٣) عبارة (ادام حبسه) سقطت من ب س ق ط ومن المطبوعة .

(١٤٤) ب ق س والمطبوعة : الاول وما أثبتناه عن ط وقد سقطت من الاصل .

(١٤٥) ب : ان حبسه ، وفي ق ط : بجواز حبسه ، س : ان يحبسه وهو اختيار محقق المطبوعة .

(١٤٦) ب : الا ان الا يطلب : وفي س : الا ان لا ، وفي المطبوعة الا ان يطلب ، وكل ذلك تصحيف ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ق ط .

(١٤٧) س : لا يجوز للاول حبسه نظر ان كان القاضي الاول ، وفي ق ط : وان قلنا يجوز للاول حبسه نظر ان كان . .

(١٤٨) الزيادة من س ب ق ط .

(١٤٩) الزيادة من س ب ق ط .

وجب على الثاني اطلاقه ، ولكن لا يعجل ، بل (١٥٠) ينادى في الناس
ثلاثة أيام ان القاضي قد حكم باطلاق فلان من حبسه .
[٧٠] قلت (١٥١) :

هذا ذكره (١٥٢) الماوردي هكذا (١٥٣) . وفيه نظران :
[٧١] احدهما :
انه قال :

وان قلنا : لا يجوز حبسه ، وفصل كما تراه ، وكان من حقه ان
يقول : واذا (١٥٤) قلنا لا يجوز حبسه للأول فهذا اذا لم ير ذلك رأيا
ومذمبا ، والا فلو رأى الاول حبسه ، جاز له ذلك قولا واحدا ، لأنها
مسألة مجتهد فيها .

ثم اذا رأى القاضي الاول حبسه وجبته ، فالقاضي الثاني
[ان (١٥٥) رأى حبسه سائقا بذلك فله استدامة حبسه قولا واحدا ،
وان لم ير (١٥٦) جواز حبسه ، والتفريع (١٥٧) على ان القاضي الاول
رأى جواز حبسه وجبته ، فهل يديم الثاني حبسه بطلب الخصم امضا .

-
- (١٥٠) س : بل يصبر حتى ينادى ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة ، وفي
ق ط : بل حتى ينادى .
(١٥١) ط ق : قال قلت .
(١٥٢) ق : هذا ما ذكره .
(١٥٣) !نظر قول الماوردي في أدب القاضي ٢٢٥/١ .
(١٥٤) س ب والمطبوعة : اذا .
(١٥٥) الزيادة من س ب .
(١٥٦) س : لم ير جواز ذلك .
(١٥٧) في المطبوعة : والتفريع (بالمعجمة وهو سهو مطبعي) .

لفعل الحاكم الاول ، أو يطلقه ؟ فيه [١٥/أ] وجهان •

[٧٢] انظر الثاني :

انه قال : ان قال (١٥٨) الاول : حكمت بحبسه لزم الثاني حبسه
والا اطلقه الثاني •

وفي هذا اشارة الى ان فعل الحاكم أو أمره (١٥٩) بالفعل ليس
بحكم ، انما الحكم قوله لفظا : حكمت بكذا ، أو بلفظ آخر يقوم مقامه •

ويلزم عليه انه لو ثبت عنده قصاص على قاتل عمدا عدوانا
[أجيبا] (١٦٠) بالبينة العادلة في موضع يجب فيه القصاص ، ولم يقل
حكمت به ، ثم أمر بقتله ، ان أمره لا يكون حكما ، وهكذا أمره
صاحب (١٦١) الدين بعد ثبوته بأخذ (١٦٢) دينه من مال المدين (١٦٣) في
موضع يجوز ذلك ، انه لا يكون حكما ، بل لا بد من اللفظ بالحكم •

وهذا عندي فيه تردد ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه على الفقيه •
ثم قد ناقض قوله هذا ، فانه (١٦٤) قال متصلا بما ذكره (١٦٥) :
اما اذا قال : حبسني (١٦٦) تعديا بغير حق ، ولغير خصم لدعواه

(١٥٨) س : ان لو قال •

(١٥٩) ظ : وأمره •

(١٦٠) الزيادة من س ب ق ظ •

(١٦١) س : لصاحب •

(١٦٢) ب والمطبوعة : اخذ ، س : بأخذ ماله •

(١٦٣) ب : للدين ، وهو تصحيف •

(١٦٤) ظ ق : فانه متصل -

(١٦٥) انظر ما ذكره في أدب القاضي للماوردي ٢٢٥/١ لأن الكلام له •

(١٦٦) س : حبسني بغير حق •

تخالف النظار من أحوال القضاء ، وجبسه حكم ، فلا ينتقض ^(١٦٧) إلا
ببقيين الفساد •

فقوله : وجبسه حكم دليل على ما ذكرناه قطعاً •

[٧٣] ثم قال ^(١٦٨) : فيطلب منه البيعة ، فإن شهدت أنه جبسه بحق
عزازه ، وكذلك على الحاكم الأول ، وإن شهدت أنه جبسه ظلماً نادى
مناديه ثلاثاً لحضور خصمه ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه بعد ثلاث ،
وإن لم تقم له بيعة أعاده إلى الحبس ، وتكشف عن حاله إلى أن يظهر
للقاضي أنه لا خصم له فيطالبه بكفيل بدنه ، ثم يطلقه •

فإن قيل : فالكفالة بالبدن لا تصح إلا ممن ثبت ^(١٦٩) عليه حق ،
فلنا : وجبسه من جملة الحقوق •

فإن لم يجد كفيلاً استظهر القاضي في بقاء جبسه على طلب كفيل
مديدة ، ثم يطلقه [عند أعواز الكفيل] ^(١٧١) •

[٧٤] أما إذا نال : حبسني لخصم ذمي ارتقت له خمرًا :

فإن ^(١٧٢) كان القاضي الأول شافعيًا أطلقه الثاني إن كان شافعيًا
أيضاً •

وإن كانا حنفيين ، أو كان الثاني حنفيًا ^(١٧٣) ، استدأماً جبسه بموأل

(١٦٧) ق : ينتقض •

(١٦٨) انظر أدب القاضي له ٢٢٥/١ •

(١٦٩) س ط ق : يثبت •

(١٧٠) س والمطبوعة : مدة وقد سقطت من ط ق •

(١٧١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومن ق ط ، وفي س ب : عن

أعواز الكفيل ، وما اثبتناه عن أدب القاضي للماوردي ٢٢٦/١ •

(١٧٢) س : وإن •

(١٧٣) العبارة : (وإن كان والثاني حنفيًا) سقطت من س •

خصمه ، مع اعترافه بما يراه القاضي الثاني حقا واجبا عليه •
وان كان الاول حفيا والثاني شافعا ، لم ينقض حكم الاول لنفوذ
في اجتهاد مشروع •

وفي وجوب امضائه على الثاني قولان •
وقال الشيخ أبو نصر :

ان كان الحاكم الثاني لا يرى وجوب قيمة الخمر ، ورآه الاول
[١٥/ب] فيه قولان : احدهما : لا يفرمه الثاني ، بل يتوقف ، ويجتهد في
الصلح على شيء ، والثاني : ينفذ حكم الحاكم الاول •

[٧٥] اما اذا قال حبسني بحق لغريم ، وانا معسر ، فيحضر القاضي
الغريم ، ويستعلم منه حاله ، وطريق امر الاعسار لا يخفى ، فلا
يطول به •

[٧٦] وان قال : حبسني بدين شهد عليّ به فاسقان ، فيسأل (١٧٤)
عن حالهما :
فان عدلا حبسه •

وان لم يعدلا ، ولم يأت الغريم بمينة أخرى اطلقه •
وهل يجبسه في المدة التي يتعرف بها (١٧٥) أحوال الشهود ؟ فيه
وجهان •

[انظر في امر اليتامى الذين هم تحت نظره]

(١٧٤) ق : سأل •
(١٧٥) س ق ظ والمطبوعة : يتعرف فيها ، وما اثبتناه عن الاصل
وعن ب •

[٧٧] ثم اذا فرغ من أحوال المحبسين والنظر في أمورهم ، نظر في أمر أموال الايتام الذين هم تحت نظره وولايته ، وببلد عمله .

واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببلد عمله (١٧٦) ، عما اذا كان لليتيم مال في عمل هذا الحاكم وعقار (١٧٧) ، واليتيم في بلد آخر ، تحت نظر الحاكم به ، فولاية التصرف في ماله الى قاضي البلد الذي فيه اليتيم على الاصح . وقاضي بلد المال يتصرف فيه اذا اسرو على الهلاك ، كما يتصرف في مال كل غائب (١٧٨) بالحفظ . فأما (١٧٩) عقاره فينصب قيسا يحفظه ويرممه (١٨٠) ان تداعى الى الهلاك ، ولا يجوز (١٨١) له بيعه قولا واحدا ، لا بضطة ، ولا بغيرها . وهل له ان يؤجره ؟ قال الامام : لم يوافق أحد من الائمة على جواز اجارته (١٨٢) ، ثم مال الى انه يجوز ، وفي هذا نظر وبحث لا يمكن التطويل به .

[النظر في امر الاوصياء والاعناء والفوام]

- (١٧٦) العبارة (واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببلد عمله) سقطت من ط ق س ومن متن ب وقد دوت على حاشيتها .
- (١٧٧) في المطبوعة : عما اذا كان لليتيم مال وعقار في عمل هذا الحاكم واليتيم . . . وفي نسخة س : عما اذا كان لليتيم مال في عمل بلد الحاكم وعقار واليتيم . . . وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ط ق .
- (١٧٨) في المطبوعة وفي نسخة ب : في كل مال غائب (وهو سهو) وقد سقطت لفظة (كل) من ط ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق .
- (١٧٩) في سائر النسخ : واما (بالواو) وما اثبتناه عن الاصل .
- (١٨٠) ق ط لحفظه وترميمه .
- (١٨١) ب : ويجوز (بسقوط لفظة : لا) وهو سهو .
- (١٨٢) س : على جواز الاجارة .

[٧٨] ثم [ينظر] (١٨٣) في امر الاوصياء ، ثم في أمر الضوال واللقطة ، ثم (١٨٤) في امر الامناء والقوام ، فيتفقد (١٨٥) أحوالهم ، فيعزل من يرى عزله مصلحة وجائزا ، ويبقى من يرى ابقائه على ما يسوغه (١٨٦) الشرع وتقتضيه المصلحة .

ويحاسب الامناء على ما هم مباشرود ، فان اعترفوا بقبض أجرة قدرها لهم الموزول ، فالقدر الزائد على اجرة المثل يسترد ، وهل يقبل قولهم في انها قدر اجرة المثل ؟ فيه وجهان .

[تصفح ديوان الحكم]

[٧٩] ثم يتصفح ديوان الحكم الذي كان عند الحاكم قبله من المناظر والسجلات ، فان رأى شهودها احياء ، وهي غير (١٨٧) محتاجة الى اثباتها عنده ابقاها ، وان رأى فيها كتابا قد مات معظم شهوده [١٦/أ] ، ولم (١٨٨) يبق فيه سوى شاهدين ، استدعى (١٨٩) المسمى فيه ، وشارعليه بآبائه (١٩٠) عنده ، ليدعي هو به ، فانه صاحب الحق المتضمن (١٩١) فيه ،

(١٨٣) في ب والمطبوعة : ثم اذا وفى امر الاوصياء ، وفي س : بل ينظر في امر الاوصياء وفي ق ط : ثم ينظر بعد الاوصياء في امر الضوال . (١٨٤) في المطبوعة : (نظر) في موضع كلمة (ثم) وقال محققها انها زيادة من عنده .

(١٨٥) ق : يتفقد ، ط : ويتفقد .

(١٨٦) ق ط : على ما يقتضيه .

(١٨٧) س : فان رأى شهودها احياء وانها غير محتاجة الى ابقائها عنده ابقاها وقد سقطت هذه الجملة من ق ط .

(١٨٨) ب والمطبوعة : او لم .

(١٨٩) ق ط : استدعى صاحبه .

(١٩٠) س : بآبائه .

(١٩١) س : فانه صاحب الحق المسمى فيه .

وان رأى^(١٩٢) ان يظهر على من فيه من الشهود ، ويشهد على شهاداتهم
شهود فروع ، فعل •

والمطلوب سلوك طريق يفضي الى بقائها متقما^(١٩٣) بها اذا احتيج
اليها ، فانه حكمة اتخاذ سلة الحكم •

[٨٠] ثم ينبغي ان يرتب الكاتب أو غيره لجمع سلة حكمه الى الاول ،
ويجمع محاضر كل أسبوع أو كل شهر في اصابة ، ويكتب عليها : محاضر
اسبوع كذا ، من شهر كذا ، من سنة كذا • وكذلك في السجلات ،
ويجعلها في قمتها ، ويختم عليها ختمه ، ولا يستبدل^(١٩٤) بها أحدا
يحفظها غيره ، فهو الاولى والاقر الى حفظها • ويذكر ما تضمنته اذا طال
الزمن عليها ، وان وثق وثوقا تاما بادل مشهور العدالة ، والعلم والدين ،
والامانة ، ورأى ايداعها عنده لوثوقه به فلا بأس ، وان اتصف بصفة
الغنى والاصالة فهو اولى •

[٨١] ثم مهما طلب منه^(١٩٥) مدع نسخة كتاب تضمن حقا ثابتا
عنده اسغه به ، فان احضر المدعى عليه ، وطالبه بالمدعى به ، فأنكر ان
يكون له في ذمته شيء ، فان تذكر القاضي الواقعة ، وانه ثبت عنده هذا

(١٩٢) ق ظ : (وان رأى ان يشهد على شهادة من بقي من شهوده
فعل ٠٠٠) وقد جعل هذا الفصل آخر المنقولات فيهما من كلام ابن
أبي الدم اذ جاء فيهما ما نصه : (انتهى كلام ابن أبي الدم ملخصا
رحمه الله تعالى) (انظر الورقة ١١٢/ب من نسخة ظ والصفحة
١٦٦ من نسخة ق •

(١٩٣) س : متصفا ، ب والمطبوعة : مشفعا وهو تصحيف •

(١٩٤) س : ولا يترك أحدا يحفظها غيره •

(١٩٥) لفظة (منه) سقطت من نسخة ب •

الحق^(١٩٦) على المدعى عليه للمدعي ، وحكم عليه به ، أو ثبت عنده من غير حكم ، وعلم ذلك جملة وتفصيلا الزمه به .

[علم الاعتماد على رؤية الخط]

[٨٢] وان لم يتذكر الواقعة^(١٩٧) لم يبين على مجرد خطه ، ولا يعتمد^(١٩٨) على غلبة ظنه^(١٩٩) ان هذا خطه .

وكذلك الشاهد لا يجوز له اداء شهادة تحملها^(٢٠٠) ثم نسيها اعتمادا على رؤية خطه .

هذا متفق عليه عندنا^(٢٠١) وعند ابي حنيفة^(٢٠٢) ، خلافا لابن

(١٩٦) ب : هذا هو الحق .

(١٩٧) وقع هذا الكلام في الورقة ١١٠ آ من النسخة ط وفي الصفحة ١٦٣ من النسخة ق ، وقد جاء فيهما ما نصه : (فرع : الحاكم اذا لم يتذكر الواقعة لم يبين على مجرد خطه ٠٠) .

(١٩٨) في نسخة س زيادة نسبتها محقق المطبوعة هنا ، فكانت العبارة فيهما على الوجه الاتي : (ولا يعتمد عليه ولا على غلبة ظنه) وهذه الزيادة غير موجودة في الاصل ولا في ق ط ب .

(١٩٩) س : على غلبة ظنه ثم يبين على خطه (وهو سهو) .

(٢٠٠) س : اداء الشهادة اذا تحملها .

(٢٠١) قوله : (عندنا) أي عند الشافعية فانظر رأي الشافعية بشأن

ذلك في : الام : ٢٢٢/٦ ، المختصر ٢٤٣/٥ ، البحر لنروياني ج ٦

الورقة ١٧٥/أ ، المهذب ٣٠٦/٢ ، نهاية المحتاج ٢٤٧/٨ .

(٢٠٢) بشأن رأي ابي حنيفة انظر كتاب شرح أدب القاضي للخصاف

تأليف برهان الدين الصدير الشهيد - بتحقيقنا ١٠٥/٣ ، أدب

القاضي للخصاف بتعليق الجصاص : الورقة ١٩٦ كلاهما في باب

القاضي يجد في ديوانه شيئا لا يحفظه - مختصر الطحاوي ٣٢٩ ،

المبسوط ٩٢/١٦ .

ابي ليلى (٢٠٣) وابي يوسف .

[٨٣] وذكر الامام (٢٠٤) صورة مختلفا فيها ، فقال :

كنا نراجع شيخنا الامام ابا محمد (٢٠٥) في رجل شهد بشهادة ،
وكتبها في دستوره (٢٠٦) ، وقفل عليه (٢٠٧) قفلا ، وتحقق انه لم

(٢٠٣) ابن أبي ليلى : وهو محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الرحمن القاضي
الكوفي والفقيه المقرئ ، كان أبوه من كبار التابعين ، حدث ابن أبي
ليلى عن الشعبي ونافع والحكم وغيرهم ، وحدث عنه السفينان
ووكيع وأبو نعيم وغيرهم ، عاصر ابا حنيفة وخالفه في كثير من المسائل
الفقهية ، مما حمل أبا يوسف على ان يضع كتاب اختلاف العراقيين
المسمى اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى الذي رواه الشافعي وعقب
عليه ، وانتصر لابن أبي ليلى انتصارا كبيرا في أكثر مسائله ، فكان
بمثابة الحكم بين اراء هؤلاء الائمة الثلاثة ، وهو مطبوع مع كتاب
الأم للشافعي ، وطبع منفردا خاليا من تعليقات الشافعي بمطبعة
الوفاء ١٣٥٧هـ بتحقيق ابي الوفا الافغاني انظر ترجمته وأخباره في
طبقات الشيرازي ٦٤ تذكرة الحفاظ ١/١٧١ ، رقم ١٦٥ ، تهذيب
التهذيب ٣٠١/٩ رقم ٥٠١ ، خلاصة تهذيب الكمال ٢٩٧ ، طبقات
القراء لابن الجزري ١٦٥/٢ رقم ٣١١٤ ، الوافي بالوفيات ٣/٢٢١ ،
وفيات الاعيان ١٧٩/٤ رقم ٥٦٤ ، أخبار القضاة ٣/١٣٠ ، وانظر
رايه في هذه المسألة في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى
المطبوع مع الام ج ٧ ص ١٣٧ - ١٣٨ .
(٢٠٤) الامام : هو امام الحرمين أبو المعالي عبد الملك الجويني وقد مرت
ترجمته .

(٢٠٥) قوله : (كنا نراجع شيخنا الامام أبا محمد) قلت هو والده أبو
محمد عبدالله بن يوسف الجويني الذي مرت ترجمته .
(٢٠٦) الدستور بالضم : دفتر تكتب فيه أسماء الجماعات أو الجنود .
أو الذي تجمع فيه قوانين الملك ، معربة ، جمعها دساتير انظر
القاموس (دسر) ٣٠/٢ ، الالفاظ الفارسية المعربة ٦٢ .
(٢٠٧) ق : عليها .

تصل (٢٠٨) يد غيره إليه ، فهل له ان يشهد اذا لم يتذكر الشهادة
والحالة هذه ؟

- فكان يتردد في مثل هذه الصورة .
- واختار غيره الجواز فيها .

وهذا بخلاف رواية الحديث ، فانه لا يشترط علم الراوي وتذكره
لكل حديث يرويه عن شيخه [١٦/ب] انه سمعه منه تفصيلا . خلافا لابي
حنيفة والصيدلاني من أصحابنا (٢٠٩) ، فانهما اشترطا ذلك كما في الشهادة ،
والفرق واضح (٢١٠) .

فاذا لم يتذكر (٢١١) الحاكم الواقعة ، فأقام المدعي عنده بيته ، انه
ثبت عنده ، وحكم به ، لم يسمع البيته ، ولا يعمل بها عندنا قولاً واحداً

[تعقب القاضي حكم من قبله]

[٨٤] الخامس عشر :

قال الشافعي (٢١٢) :

ليس على القاضي (٢١٣) ان يتعقب حكم من قبله ، الى آخر كلام

-
- (٢٠٨) س : لم يتصل بيد غيره .
 - (٢٠٩) ب : من أصحابهما .
 - (٢١٠) ب : والفرق اوضح .
 - (٢١١) ط : فاذا لم يذكر .
 - (٢١٢) قول الشافعي تجده في الام ٢٠٨/٦ ، المختصر ٢٤٢/٥ ، وانظر
أدب القاضي للمأوردي ٦٩٠/١ .
 - (٢١٣) في الاصل : ليس للحاكم ان يتعقب . وفي ب : ليس للقاضي .
 - وفي ق ط جاءت العبارة على الوجه التالي : (اذا عزل حاكم وولي
آخر مكانه فليس عليه .) بسقوط كلام الشافعي وما أثبتناه عن
نسخة س ، وهو الموافق لكلام الشافعي في المختصر والام .

المزني عنه (٢١٤) .

إذا عزل حاكم ، وولي آخر مكانه ، فليس عليه (٢١٥) أن يتعقب
احكام من قبله ، لأن الظاهر من احكامه الصحة .

(١٨٥) فإن تعقب ذلك ، أو رفعت اليه ، نظر فيها : فما وجد منها
مخالفا للنص (٢١٦) أو الاجماع أو القياس الجلي ابطله .

• وإن كان على وفق الشرع امضاء .

• وإن كان مجتهدا فيه لم ينقضه .

وهل يحكم بصحته وتنفيذه (٢١٧) إذا طلب منه ذلك ؟ أو
يعرض عنه ؟

فيه قولان ، أصحهما عند القاضي حسين وغيره (٢١٨) امضاؤه .

(٢١٤) وكلام المزني عنه جاء على الصورة التالية : (وليس على القاضي
أن يتعقب حكم من قبله وإن تعظم محكوم عليه ممن قبله نظر فيه
فرده أو انفذه على ما وصفت) مختصر المزني ٢٤٢/٥ وقد وصف
ذلك بقوله قبل هذه العبارة : (قال الشافعي رحمه الله : من اجتهد
من الاحكام فقضى باجتهاده ثم رأى أن اجتهاده خطأ ، أو ورد على
قاض غيره فسواء ، فما خالف كتاباً أو سنة أو اجماعاً ، أو ما في
معنى هذا رده ، وإن كان يحتمل ما ذهب اليه ويحتمل غيره لم يرده ،
وحكم فيما استأنف بالذي هو الصواب عنده .) (مختصر المزني
٢٤٢/٥) .

(٢١٥) س : إذا عزل حاكم واقم آخر مكانه فليس له أن يتعقب .

(٢١٦) س : مخالف للنص .

(٢١٧) ب والمطبوعة : وينفذه ، وما أثبتناه عن الاصل وعن س ، وفي

ظ ق : لم ينقضه وينفذه إذا طلب ذلك منه .

(٢١٨) لفظه (وغيره) سقطت من س .

[٨٦] وقال الماوردي (٢١٩) :

لا يجب عليه ان يتعقب حكم الحاكم قبله • وهل يجوز له ان يتعقب ؟ فيه (٢٢٠) وجهان :

احدهما ، وهو قول أبي حامد الاسفرايني ، انه يجوز •

والثاني ، وهو قول جمهور (٢٢١) البصريين ، انه لا يجوز ان يتعقب (٢٢٢) من غير متظلم (٢٢٣) •

قال :

فاذا ذكرها متظلم له ، لم يحضر الحاكم الاول حتى يصفها ، [فان وصفها] (٢٢٤) وذكر انه حكم بما خالف به الاجماع مثلاً ، أو النص (٢٢٥) ، أو القياس الجلي هل يستحضره الآن قبل اقامة البينة على

(٢١٩) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ٦٩٠/١ - ٦٩٤ مع التصرف بالالفاظ •

(٢٢٠) س : فيه قولان •

(٢٢١) س والمطبوعة : وهو قول جمهور الاصحاب البصريين ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ط ق وعن أدب القاضي للماوردي ٦٩١/١ •

(٢٢٢) ب والمطبوعة : يتعقبه ، وما أثبتناه عن الاصل ، وفي س ق : يتعقبها ، وهو الموافق لما في أدب القاضي للماوردي ٦٩١/١ ، وفي ط : يبعثها •

(٢٢٣) س والمطبوعة : من غير تظلم ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ط ق وعن أدب القاضي للماوردي ٦٩١/١ •

(٢٢٤) الزيادة من سائر النسخ ومن أدب القاضي للماوردي ٦٩٢/١ وفيه : (فاذا وصفها) •

(٢٢٥) ق ط : (بما خالف به نص الكتاب أو الاجماع أو القياس الجلي) وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب س ، وفي أدب القاضي للماوردي : (لمخالفته نص الكتاب أو السنة ، أو الاجماع ، أو القياس الجلي ٠٠٠) ٦٩٢/١ •

• ما ذكره ؟ فيه ثلاثة اوجه ، في الثالث : انه ان اقترن (٢٢٦) بدعواه امانة تدل على صحتها احضره ، والا فلا •

فان قلنا : انه يستحضره (٢٢٧) فاحضره ، استأنف المتظلم دعواه ، فان لم توجب غرما لم يسأل (٢٢٨) هذا الحاكم عن جوابها ، وان اوجبت غرما سألها ، فان اعترف به الزمه ، وان انكر هل يجب احلافه ؟ فيه وجهان (٢٢٩) •

[٨٧] ولو ادعى المتظلم انه ارتضى منه مالا على الحكم ، جاز احضاره بهذه الدعوى واحلافه عليها (٢٣٠) •



-
- (٢٢٦) ق ظ : الثالث (بسقوط : في) ان قرن •
(٢٢٧) ق ظ : يحضره • س : يحضره واحضره •
(٢٢٨) س ق ظ والمطبوعة : لم يسأله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •
(٢٢٩) الى هنا ينتهي الاقتباس من كلام الماوردي مع التصرف في الالفاظ وحذف التعليقات •

(٢٣٠) ورد في نسختي (ق ، ظ) بعد هذا مباشرة قوله : (فصل : ويجب على القاضي النظر في أمر المحسين) وقد مر قبل قليل ، فانظر الورقة ١١٠ ب من نسخة ظ والصفحة ١٦٤ من نسخة ق •

الباب الثاني

في ما يجب^(١) على الحاكم في الخصوم والشهود

وفيه تسعة فصول :

الفصل الأول

في وجوب انصاف الخصمين والتسوية بينهما

وفيه مسائل :

الأولى [١٧/١] - [التسوية بين الخصمين] *

[٨٨] الحاكم مأمور بالعدل والانصاف بين المتحاكمين ، فيسوى

بينهما في الاذن^(٢) بالدخول عليه مما ، ولا يفرد احدهما به .

[٨٩] وقال القاضي أبو الطيب :

يستحب له ان يسوى بينهما في دخولهما عليه ، وجلوسهما بين يديه ،

واقباله عليهما ، واصفائه اليهما ، والحكم فيما بينهما .

وقال الشيخ أبو نصر :

ينبغي للقاضي استحبابا أن لا يخص أحد الخصمين بالأذن في الدخول

(١) س : فيما يجب على الخصوم والشهود ، وقد وقع هذا الباب في الورقة ١/٩٥ من نسخة ط ، والصفحة ١٤٧ من نسخة ق ، وقد

جاء العنوان فيهما : فصل آخر : الحاكم مأمور بالعدل والانصاف .

(٢) ط : بالأذن .

بل يستحب ان يسوي بينهما في دخولهما عليه وإقباله عليهما واستماعه منهما .

[٩٠] قلت (٣) :

قد ذكر هذان الامامان ان ذلك مستحب ، لا واجب ، وجماعة من أصحابنا ذكروه (٤) بلفظة : « ينبغي » أو « الاولى » وهي قريبة من الاستحباب .

والذي أراه في ذلك واجب عليه ، لأدلة كثيرة ظاهرة ، غير ان المنقول ما ذكرناه (٥) ولفظ الشيخ أبي اسحاق (٦) في المذهب (٧) : « وعلى

(٣) لفظة (قلت) من س . وجاءت العبارة فيها : فذكر هذا الامام ان

ذلك مستحب ، وفي ق ط : قال ابن أبي الدم ذكر هذان الامامان .

(٤) ب : ذكره بلفظة . ق ط : ذكروا لفظة .

(٥) قوله : ان المنقول ما ذكرناه ، انظر بشأن آرائهم في هذه المسألة :

مختصر المزني : ٢٤٥/٥ ، الام ٢٢١/٦ ، البحر : ج ٧ الورقة

٢٥٠ ، المذهب ٣٠٠/٢ ، نهاية المحتاج ٢٤٨/٨ ، أدب القاضي

للمواردي ٢٤٠/٢ ، الروضة ١٦١/١١ ، شرح روض الطالب عن

اسنى المطالب ٣٠٩/٤ ، وانظر ما كتبناه في ذلك بعنوان (المساواة

بين الخصمين أمام القضاء) في مجلة احياء التراث العربي الاسلامي ،

العدد الثالث السنة الاولى ١٩٧٧ ص ٤١ - ٦٠ .

(٦) الشيخ أبو اسحاق : هو ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ،

ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز سنة ٣٩٣ هـ ، ونشأ بها ، ثم

دخل شيراز وتفقّه على أبي عبد الله البيضاء ، ثم قدم البصرة

فبغداد ، وقرأ الاصول على أبي الطيب الطبري وغيره وكان ازهد

الناس آنذاك وأكثرهم اشتغالا بالعلم ، الى ان بلغ مبلغا من العلم

فشئت الرحلة اليه ، وكثر تلاميذه ، له كتاب المذهب والتنبيه وطبقات

الفقهاء واللمع في أصول الفقه وغيرها وكان طلق الوجه دائم البشاشة

توفي سنة ٤٧٦ هـ ببغداد انظر ترجمته وشيئا من اخباره وفقهه في

طبقات السبكي ٢١٥/٤ رقم ٣٥٦ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت)

الحاكم^(٨) ان يسوى بين الخصمين في الدخول والاقبال عليهما والاستماع
منهما ، ولفظة^(٩) « على » للوجوب .

[٩١] فاذا دخلا لا يخص^(١٠) احدهما بقيام

قال الشيخ أبو علي :

بل اما ان^(١١) يقوم لهما جميعا ، أو لا يقوم لواحد منهما
وعندي : انه يكره القيام لهما^(١٢) جميعا ، فانه قد يكون احدهما

١٧٠ وفيها مصادر ، تهذيب الاسماء واللغات ١٧٢/٢/١ رقم ٢٧٤ ،
تبيين كذب المفتري ٢٧٦ ، العبر ٢٨٣/٣ ، المنتظم ٧/٩ ، وفيات
الاعيان ٢٩/١ رقم ٥ ، طبقات الاسنوي ٨٣/٢ رقم ٦٧٢ .
(٧) المذهب : كتاب جليل غزير المادة الفه الشيخ أبو اسحاق وفق المذهب
الشافعي بعبارة متينة بدأ بتصنيفه سنة ٤٥٥ ، وفرغ منه يوم
الاحد الحادي والعشرين من جمادى الآخرة وقيل الاولى سنة ٤٧٢ ،
وقد حاز على رضى الفقهاء الشافعية ، اذ استقصى الفروع وعللها ،
فاعتنى بشأنه فقهاؤهم بالشرح والاختصار والتعليق ، وشرح
المشكل ، وتخريج الاحاديث ، ومن شروحه : المجموع للنووي ولم
يكمله فتناوله السبكي ولم يكمله أيضا ، وقد طبع باكمال المطيعي
طبعتين ، فانظر بشأن كتاب المذهب : كشف الظنون ١٩١٢/٢
وانظر : Brock. S. 1:669

(٨) في الاصل وفي ب : وعلى القاضي وما اثبتناه عن س ق ط ، وعن
كتاب المذهب ٣٠٠/٢ ، وقال في التنبيه : ويسوى بين الخصمين في
الدخول والمجلس والاقبال عليهما والانصات اليهما . (التنبيه
١٥٣ - ١٥٤) .

(٩) ط : ولفظه دال على الوجوب . ق : وهو دال على الوجوب .

(١٠) ق ط : لم يخص .

(١١) ب : اما يقوم .

(١٢) في الاصل وفي نسخة ب : يكره لهما القيام ، وما اثبتناه عن س ق ط
وهو اختيار محقق المطبوعة .

شريفاً ، والآخر ضعيفاً ، فاذا قام لهما علم الوضع ان قيامه للشريف ، وكذلك يعلمه^(١٣) الشريف فيزداد تيهها ، ويزداد الوضع كسراً . وترك^(١٤) القيام لهما أقرب الى العدل^(١٥) ، وانفى للتهم^(١٦) .

وعلى هذا مضت^(١٧) سير^(١٨) الحكام الماضين :

فقد^(١٩) روى ان المهدي أمير المؤمنين [محمد]^(٢٠) بن المنصور تقدم مع خصوم^(٢١) له ، وهو أمير المؤمنين الى قاضي البصرة عبدالله بن الحسن العنبري^(٢٢) ، فلما رآه [القاضي مقبلاً^(٢٣)] اطرق الى الارض

(١٣) س ب ق : يعلم .

(١٤) س : فترك ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ط ق .

(١٥) نقل الخطيب الشرييني هذه العبارة ونسبها لابن أبي الدم ، انظرها في مغني المحتاج ٤/ ٢٠٠ .

(١٦) ط ق : للتهمة .

(١٧) قرأ محقق المطبوعة هذه اللفظة في نسخة ب (نصت) وليس كما قال ، بل هي كما اثبتناه .

(١٨) س : سير الماضين .

(١٩) في الاصل وفي نسخة ب : وقد .

(٢٠) الزيادة من ب ومن تاريخ الخلفاء للسيوطي ٢٧١ ومن ق ط ، وقد سقطت من الاصل ومن س .

(٢١) س : على خصوم .

(٢٢) عبدالله (كذا في الاصل وفي ب س ق ط) أو عبيدالله بن الحسن بن الحسين بن مالك بن الخشخاش . . التميمي العنبري البصري الفقيه ، كان قاضي البصرة بعد سوار بن عبدالله القاضي ، سمع داود بن أبي هند ، وخالدا الحذاء وغيرهما ، وروى عنه عبدالرحمن ابن مهدي ، وخالد بن الحارث ، ومحمد بن عبدالله الانصاري ، روى له مسلم في صحيحه وكان محموداً ثقة على جانب كبير من رجاحة العقل وسداد الرأي ، وكان من سادات البصرة فقهياً وعلمياً ، توفي

حتى جلس المهدي مع خصومه مجلس المتحاكمين ، فلما انقضت الخصومة^(٢٤) بينهم قام القاضي^(٢٥) فوقف بين يديه ، فقال له المهدي : والله لو قمت حين دخلت عليك لعزلتك ، ولو لم تقم [حين انقضى الحكم]^(٢٦) لعزلتك^(٢٧) .

والمهدي اخذ هذا من ابيه ، فان اباه فعل هكذا^(٢٨) بالمدينة عند فاضلها^(٢٩) ، وللاهما انتهى^(٣٠) اثر علي بن ابي طالب كرم الله وجهه

سنة ١٦٨هـ ، واتير تلام حول رايه في اصابة المجتهد في الاصول والفروع ، فانظر ترجمته وشيئا من اخباره في اخبار القضاة ٨٨/٢ ، تهذيب الاسماء والنباتات ٢١١/١/١ رقم ٢٧٧ ، تاريخ بغداد ٣٠٦/١٠ رقم ٥٤٥٦ ، تهذيب التهذيب ٧/٧ - ٨ رقم ١٢ ، الكامل لابن الاثير ٨٠/٦ ، خلاصه تهذيب التهذيب الكامل ٢٤٦ - ٢٥٠ ، وبشأن رايه في تصويب المجتهدين ، انظر ادب القاضي للماوردي ٥٢٤/١ الفقرة ١٢١٣ وفي هامشها مصادر عن رايه في هذه المسألة .

- (٢٣) الزيادة من س ق ظ ، وقد سقطت لفظة (مقبلا) من ب .
- (٢٤) ب والمطبوعة : الحكومة ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .
- (٢٥) س : قام القاضي بين يديه .
- (٢٦) الزيادة من سائر النسخ .
- (٢٧) انظر قصة عبيدالله بن الحسن الصنبري مع المهدي العباسي في ادب القاضي للماوردي ٢٤٨/١ - ٢٤٩ رقم الفقرة ٢٦٣ ، وابحار للرويانى ج ٦ الورقة ٨٥ ب .
- (٢٨) س : فعل هذا . والفقرة المبدوءة بقوله : والمهدي اخذ هذا عن ابيه فان اباه فعل هكذا . الى آخر العبارة ، وهي قوله : (والقصة مشهورة) سقطت من ق ظ .
- (٢٩) حين رفع الحمالون دعوى عليه عند قاضي المدينة محمد بن عمران الطلحي عندما قدم المنصور حاجا فاستدعاه القاضي ، ولم يقم له في اول الامر حتى انتهت الخصومة بان قضى عليه لهم ، فانظر اخبار القضاة ١٩٣/١ ، والوزراء والكتاب ١٣٧ - ١٣٨ .
- (٣٠) س والمطبوعة : اقتفيا .

مع شريح^(٣١) والقصة مشهورة^(٣٢) .

[٩٢] نعم ، ان دخل^(٣٣) خصم ذو هيئة^(٣٤) ، فقام له القاضي ، اما ظنا منه انه لم يات محاكما ، أو جهل ذلك ، او ارتكب المحذور فيه ،

(٣١) شريح : هو أبو امية شريح بن الحارث الكندي النخعي ، أحد التابعين المشهورين بإصابه انقضاء وحل العضلات ، استفضاه عمر على انكوفة ، وأقره الخلفاء بعده عليها فبقي على فضاها ستين سنة الى زمن الحجاج ، توفي سنة ٧٨ هـ وله ١٢٠ سنة تمام في تاريخ البخاري قسم ٢ ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ رقم ٢٦١١ ، وكان قائما شاعرا عالما بالفقه والفرائض ، انظر ترجمته وأخباره في أخبار القضاة ١٨٩/٢ ، طبقات ابن سعد ٥٠/٦ - ٥١ ، البداية والنهاية ٧٧/٣ ، حلية الاولياء ١٣٢/٤ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/١/٢٤١ رقم ٢٤٩ ، تذكرة الحفاظ ٥٩/١ رقم ٤٤ ، تقريب التهذيب ١/٢٤٦ رقم ٥١ .

(٣٢) يشير الى قصة احتكام علي ويهودي الى شريح في درج نفذها الامام علي فوجدما عنده فلما طلب شريح البيعة أتى الامام بإبنة الحسن وخادمه قنبر ، فقال شريح : يا أمير المؤمنين شهادة الابن لا تجوز ، فقال علي : سبحان الله ، رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته . فقال اليهودي : أمير المؤمنين قدمني الى قاضيه وقاضيه يقضي عليه ، اشهد ان هذا الدين حق ، واشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ، وان الدرع درعك يا أمير المؤمنين سقطت منك ليلا ، فانظر الخبر في أخبار القضاة ٢٠٠/٢ ، وقابل ذلك بما ذكره فيه في ١٩٤/٣ - ١٩٥ ، ورواه البيهقي (السنن الكبرى ١٠/١٣٦) ، والكمال لابن الاثير ٤٠٧/٣ ، أبو نعيم في الحلية ١٣٩/٤ - ١٤٠ ، وقد رواه الامام أحمد والحاكم وغيرهما (تلخيص الحبير ٤/١٩٣ رقم ٢١٠٥) وانظر بحثنا : المساواة بين الخصمين امام القضاة (مجلة التراث العربي الاسلامي العدد الثالث من السنة الاولى ١٩٧٧ ص ٢٥٩) .

(٣٣) س : لو دخل

(٣٤) ظ : ذو هيئة

فأما ان يقوم لخصمه [١٧/ب] كقيامه له ، جبرا لما قبله ، أو يتعذر إليه بأنه [قام له ، و] (٣٥) لم يشمر بمجيئه مخاصما (٣٦) .

[٩٣] ثم ان دخلا ، وسلما معا ، رد عليهما السلام جملة .

وان دخل واحد وسلم ، فهل يرد عليه السلام قبل [دخول] (٣٧) خصمه ، أو قبل سلامه ، ففيه (٣٨) وجهان .

[٩٤] ثم يجلسهما الحاكم (٣٩) أو الحاجب يأمرهما بالجلوس بين يديه ، ويقبل عليهما ، ويصفي اليهما على السواء .

هذا اذا كانا مسلمين .

وان كانا شريفيين فلا بأس ان يجلس (٤٠) احدهما عن يمينه والآخر عن شماله (٤١) . والاولى ان يجلسهما بين يديه تعظيما لحكم الله تعالى .

[٩٥] اما اذا كان احدهما مسلما والآخر ذميا ، فهل يرفع المسنم عليه ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم .

ولو كانا كافرين سوى بينهما .

(٣٥) الزيادة من س ظ ق ، وقد سقطت من الاصل ومن ب .

(٣٦) ق ظ : محاكما .

(٣٧) الزيادة من ب س ق ظ .

(٣٨) ب والمطبوعة : فيه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .

(٣٩) ب س ق ظ والمطبوعة : ثم يجلسهما الحاجب أو الحاكم ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٤٠) العبارة (ان يجلس) سقطت من س .

(٤١) س ق ظ : عن يساره .

المسألة الثانية (٤٦) [احضار الخصمين] *

[٩٦] اذا استدعى الحاكم رجل على رجل ، [وطلب منه احضاره] (٤٣) الى مجلس الحكم ، لمخاصمته (٤٤) ، بعث الحاكم اليه رجلا من اعوانه (٤٥) ، أو خاتمه ، أو طينا مختوما بخاتمه الى المطلوب لاحضاره .

ويجب على المدعو الاجابة ، الا ان يوكل أو يقضي الحق الى الطالب (٤٦) .

فان امتنع من ذلك كله بعث الحاكم الى صاحب الشرطة ، وعرقه (٤٧) ذلك ليحضره اليه .

فاذا حضر (٤٨) عزّره على امتناعه بما يليق به ان لم يد عذرا .
[٩٧] ولو استدعى رب الدين المدين (٤٩) الى حضور مجلس

(٤٢) سقطت هذه المسألة كلها من ط ق ، وانتقل الكلام فيهما الى المسألة الثالثة ، دون ذكر العنوان بقوله : ولو كانا كافرين سوى بينهما ، واذا جلسا بين يديه فان بدر واحد .. الخ .

(٤٣) الزيادة من س ب .

(٤٤) س : لمخاصمة .

(٤٥) ب والمطبوعة : من اجريائه ، س : من اجرائه .

(٤٦) س : للطالب .

(٤٧) ب والمطبوعة : عرفه (بسقوط الراو) .

(٤٨) س : فان حضره .

(٤٩) لفظة (المدين) سقطت من متن ب ، وثبتتها مصححها على حاشيتها . وقد ورد في حاشية الاصل تعليقات لاحد الناسخين نصها : (قوله : ولو استدعى رب الدين الى آخره ، يراجع ابن النقيب فان فيه وفي المذهب وفي الحاوي : اذا طلب احد الخصمين من الآخر حضور مجلس الحكم لزمه الحضور ، لكن في موضع آخر من الحاوي انه ان خرج

الحكم لم تلزمه اجابته ، بل يلزمه قضاء الدين ، بخلاف اجابة داعي
الحاكم (٥٠) .

[هكذا (٥١) ذكره المراززة .

وقال العراقيون :

اذا كان بين اثنين حكومة ، ودعا احدهما الآخر الى مجلس الحاكم ،
وجبت عليه الاجابة لقوله تعالى : « انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله
ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا » (٥٢) .

قلت :

ويمكن ان يقال : لا خلاف بين الطريقتين : فالذي ذكره المراززة
فيما اذا قل : عليك كذا ، فاحضر معي الى الحاكم لم يلزمه الحضور ،
وانما عليه قضاء الدين اذا كان معترفا به ، والذي قاله العراقيون : اذا قال
له : بني وبينك محاكمة ، ولم يعلمه بها ليخرج عنها ، فيجب عليه
الحضور ، لانه اذا لم يعلمه بها ، لا يمكنه ان يخرج اليه منها ، فاما ان
اعلمه بالحق الذي يطالبه به ، ولم يعرف له به ، فهذا موضع النظر هل

اليه من حقه فذاك والا لزمه الحضور معه ان كان على مسافة دون
يوم وليلة وان كان أكثر لم يلزمه الا بالاستحضار) انتهى . قلت
وابن النقيب المشار اليه هو أحمد بن لؤلؤ بن عبدالله أبو العباس
شهاب الدين المتوفى ٧٦٩ هـ المترجم له في حسن المحاضرة ٤٣٤/١
رقم ١٧٧ ، طبقات الاسنوي ٥١٤/٢ ، وانظر عن المسألة أدب القاضي
للمارودي ٢٢٢/٢ الفقرة ٣٢٦٦ وما بعدها ، والمهذب ٣٠١/٢ .

(٥٠) س : داعي القاضي .

(٥١) يبتدىء من هذا الموضع ما سقط من الاصل ومن س ، واثباته

عن ب .

(٥٢) سورة النور : ٥١ .

يجب عليه ان يحضر معه باستدعائه ؟

هذا لم يفصله الاصحاب من الطرفين ، والتردد فيه ظاهر لا سيما اذا لم يعلم ان له عليه حقا • واما الآية فيمكن^(٥٣) حملها على اجابة داعي الحاكم ، ولا خلاف في وجوب اجابته [٥٤] •

المسألة الثالثة

[سؤال الخصمين]

[٩٨] اذا جلسا بين يديه ، فان بدر^(٥٥) واحد بالدعوى سمعها ■ وقال للآخر : ما تقول في دعواه ؟

وقيل : يسكت حتى يجيب الآخر •

وليس بشيء ، لانه لو ترك^(٥٦) وجوابه لم يجب •

وان سكنا فلا بأس ان يقول الحاكم نهما : من المدعي منكما ؟ أو ما خطبكما ؟

وقيل : يسكت ولا يقول شيئا ، فان ادعى واحد منهما ، والا اقيما^(٥٧) من مكانهما •

(٥٣) في أصل نسخة ب وردت اللفظة ملوثة لا تبين وقد بينها مصححها

في الحاشية بلفظة (يمكن) فاضفنا الفاء اليها لربط الجواب •

(٥٤) الكلام المحصور بين المكوفين ساقط من الاصل ومن نسخة س ،

واصل المسألة الثانية ساقط من نسخة ق ط ، وما اثبتناه عن نسخة

ب فقط وقد وقع في نهاية الورقة ١٤/ب منها فليلاحظ •

(٥٥) ب والمطبوعة : فان بادر احدهما ••• وما اثبتناه عن الاصل وعن

ط ق س •

(٥٦) س : لو ترك جوابه ، وقد سقطت هذه العبارة من ق ط •

(٥٧) ق : اثرا •

قال الشافعي :

ويكره للقاضي ان ينهرهما (٥٨) .

لأنه اذا فعل ذلك بهما لحقهما حصر وخوف وانقطاع عن حجتهما .
(٩٩) ثم اذا ادعى ^{١٠٠} واحد منهما فاضطرب في دعواه فالأصح انه

لا يلقنه صحة دعواه .

وقال أبو سعيد الاصطخري (٦٠) : لا بأس بالتلقين (٦١) في الدعوى ،

(٥٨) س ط ق والمطبوعة : ينهرهما ، وهو الموافق لما في مختصر المزني
٢٤٥/٥ ، وعبارة الشافعي كما في المختصر « قال الشافعي رحمه
الله : ينبغي للقاضي ان ينصف الخصمين في المدخل عليه للحكم
والاستماع والانصات لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته ولا ينهرهما
ولا يتعنّت شاهدا ، ولا ينبغي ان يلفن واحدا منهما حجة ولا شاهدا
شهادة » وما أثبتناه عن الاصل وعن ب وعن أدب القاضي للمواردي
الذي ينقل عبارة الشافعي ويشرحها ٢/٢٤٠ الفقرة ٢٩٢٤ وما
بعدها ، وانظر بشأن رأي الشافعي في هذه المسألة الأم ٦/٢٢١ ،
البحر ج ٧ الورقة ٥٠/١ المهذب ٢/٣٠٠ ، نهاية المحتاج ٨/٢٤٨ .
(٥٩) ق : ثم اذا ادعى احدهما .

(٦٠) أبو سعيد الاصطخري : وهو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى
منسوب الى اصطخر ، أحد الائمة المذكورين ، ومن شيوخ الفقهاء
الشافعيين ، وكان ورعا زاهدا متقللا ، ولي قضاء قم وسجستان
وولي الحسبة ببغداد ، ألف كتابا في أدب القضاء لم يؤلف بعده أحد
الا نقل عنه ، توفي سنة ٣٢٨ هـ ودفن بباب حرب انظر ترجمته
وأخباره في تهذيب الاسماء واللغات ١/٢٣٧ رقم ٢٥٦ ، تاريخ
بغداد ٧/٢٦٨ رقم ٣٧٥٣ ، طبقات الشيرازي ٩٠ ، طبقات العبادي
٦٦ ، طبقات السبكي ٣/٢٣٠ رقم ١٦٥ ، طبقات الاسنوي ١/٤٦
رقم ٢٧ ، الفهرست ٢١٣ ، طبقات ابن هداية الله (بغداد) ١٧ ،
العبر ٢/٢١٢ ، الانساب الورقة ٤١ ب ، طبقات ابن قاضي شهبة :
الورقة ١٠ ب .

(٦١) س : لا بأس بتلقين الدعوى .

لأنه لا ضرر على خصمه في ذلك [١٨/١] •

هذا كله إذا حضر الخصمان بأنفسهما بين يدي الحاكم للحكومة (٦٢) •

[١٠٠] فأما إذا استعدي الحاكم رجل على رجل ، أعداء عليه ، سواء عرف بينهما معاملة ، أو لم يعرف •

[١٠١] ومعنى أعدائه (٦٣) عليه : أنه يبعث (٦٤) رجلا معه من أعوانه لاحضار خصمه •

وقيل :

ان كانت العادة جرت بانفاذ حتم يخضه القاضي على شمع ، أو طين ، أو خط من الحاكم الى المدعو (٦٥) ، حتى اذا رآه حضر عند الحاكم ، فعل •

[١٠٢] ثم استحج بعض الائمة ان الخصم اذا استعدي القاضي على خصم ان يقول له القاضي : ما الذي تدعي عليه به (٦٦) ؟ فان ذكر انه يطلب منه امرا يجوز طلبه شرعا عند هذا الحاكم اعداء •
وان ذكر ما لا يجوز طلبه (٦٧) ، كتمن كلب ، أو قيمة خمر لذمي ، لم يعده •

(٦٢) ظ ق : للحكم •

(٦٣) س : ومعنى أعداء ••

(٦٤) س : ان يبعث معه رجلا • ق ظ : ان يبعث اليه رجلا من أعوانه •

(٦٥) ظ : الى المدعي عليه • وقد سقطت هذه العبارة من ق •

(٦٦) (به) سقطت من س ظ ق •

(٦٧) ظ : فان ذكر ما لا يرى جواز طلبه ، وفي س : فان ذكر ما لا يرى جواز طلبه •• بضبط كلمة (مالا) وقد سقطت هذه العبارة من ق •

وهذا حسن بالغ (٦٨) .

[١٠٣] ولو حضر خصمان متسابقان (٦٩) ، فالدعوى للسابق ، ولو تساويا (٧٠) ، وتشاحا في التقديم ، أقرع بينهما ، إلا أن يكون أحدهما مسافرا فيقدم المسافر على الأصح (٧١) ، وفيه وجه أنه لا يقدم (٧٢) بالسفر أصلا .

ولو كانوا جماعة ، وفيهم مسافرون (٧٣) قلة قدمهم .

وان كثروا فكانوا مثل الحاضرين أو أكثر كالحجيج إذا نزلوا بمكة ، أو بالمدينة ، سوى بينهم .

[١٠٤] ثم اعلم أنه تسمع دعوى كل مدع على كل إنسان مكلف ، بحق صحيح ، سواء كان المدعى عليه جليلا ، أو حقيرا ، كالسوقي (٧٤) العامي (٧٥) إذا ادعى على السلطان القاهر حجة من ذهب ، تسمع دعواه .

وجاءت العبارة فيها : فإن ذكر أنه يطلب منه أمرا يجوز طلبه عنده

أعداء والا فلا ، وهو حسن . .

(٦٨) لفظة (بالغ) سقطت من س ق ط .

(٦٩) س ط : متسابقين ، ق : متساوقين .

(٧٠) ب والمطبوعة : ولو تساوقا ، س : وان تساوقا ، ط ق : وان

تساويا ، وما اثبتناه عن الأصل .

(٧١) ق ط : في الأصح .

(٧٢) ب والمطبوعة : لا تقديم . وما اثبتناه عن الأصل وعن س ، وقد

سقطت الجملة (وفيه وجه أنه لا يقدم بالسفر أصلا) من ق ط .

(٧٣) لفظة (مسافرون) سقطت من النسخ ومن المطبوعة واثباتها عن الأصل .

(٧٤) ب ط والمطبوعة : كالسوق ، وقد سقطت هذه اللفظة من ق ووضع

بدلها لفظة : (كالعامي) .

(٧٥) ط والمطبوعة : والعامي بزيادة واو .

وقال أبو سعيد الاصطخري :

لا تسمع دعواه والحالة هذه ، لأن^(٧٦) العرف يكذبه .

قال الامام :

[وقال]^(٧٧) الاصطخري^(٧٨) : اذا ادعى سفلة على ملك انه افرضه مالا ، أو أنكحه ابنته ، أو استأجره لسياسة دوابه ، لا تسمع دعواه ، اخذا من حال^(٧٩) المدعى عليه .

قال الامام :

ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بمثل هذه الوسوس .

[١٠٥] ثم اذا قدم واحد^(٨٠) في دعواه بالقرعة ، فانما يقدم

بدعوى واحدة .

وهل يقدم بدعوتين^(٨١) أو ثلاث ؟

قال القاضي حسين :

(٧٦) ظ ق : فان .

(٧٧) الزيادة من س ومن مصحح ب .

(٧٨) العبارة : (لا تسمع دعواه والحالة هذه لأن العرف يكذبه قال الامام

وقال الاصطخري) سقطت من متن ب وثبتها مصححها على

حاشيتها .

(٧٩) ب والمطبوعة : اخذا من حد المدعى عليه . وفي س : اخذا من المدعى

عليه (بسقوط لفظة : حال) وهذه العبارة اعني قوله (اخذا من

حال المدعى عليه) سقطت من ق ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ظ .

(٨٠) س : قدم واحدا .

(٨١) ب والمطبوعة وكذا في س ظ ق : (بدعوتين) بالفاء وهو سهو ، لانها

ثنائية (دعوى) وليست ثنائية (دعوة) وما اثبتناه عن الاصل .

- يحتمل وجهين ، فإن جوزنا الزيادة^(٨٢) ، فلا زيادة على الثلاث •
- وكل هذا بعيد^(٨٣) •

والاصح ان لا يقدم^(٨٤) الا في خصومة واحدة [١٨/ب] •

المسألة (٨٥) الرابعة :

[اكرام الشهود]

- (١٠٦) اذا احضر المدعي شهوده^(٨٦) استحب للقاضي اكرامهم ، ويكره^(٨٧) له ان يمتنهم^(٨٨) أو يتهرمهم •
- قال القاضي أبو الطيب :
- قال أصحابنا : [التمنت]^(٩٨) ان يفرقهما مع سدة^(٩٩) عقولهما ، ووفور^(١٠٠) ذكائهما^(١٠١) •

(٨٢) لفظة (الزيادة) سقطت من س ب ق ط ومن المطبوعة ، وثباتها عن الاصل •

- (٨٣) ب : وهل هذا تعبد (وهو تصحيف) وفي ق : وهذا بعيد •
- (٨٤) ب ق والمطبوعة : لا تقديم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ط •
- (٨٥) ق ط : فصل : اذا احضر المدعي ••
- (٨٦) ق : شهودا يستحب •
- (٨٧) ق ط : ويكره ان •
- (٨٨) ط : ان يتعسفهم •
- تنبيه :

حصل سبو في تسلسل أرقام الاحالات هنا اذ انتقلت من ٨٨ الى ٩٨ مباشرة ولم يحصل نقص في الكلام فمعذرة •

- (٩٨) الزيادة من سائر النسخ ، وفي س : التمنت هو ان •
- (٩٩) س والمطبوعة : مع وفور عقولهما ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ط ق •
- (١٠٠) س والمطبوعة وشدة •
- (١٠١) س : ديانتهما •

وقال الشافعي (١٠٢) رضي الله عنه :

لا يتهر الساهد ، ولا يتعته والتعته ان يتلجلج الساهد في كلامه .
يريد : لا يحوجه القاضي بانتهاره الى (١٠٣) ان يتع (١٠٤) في
كلامه ، ولا (١٠٥) ان يلجلجه فيه ، بصياحه (١٠٦) عليه .

وقد روى القاضي أبو الطيب ان شاهدا شهد عند أبي عمر
القاضي (١٠٧) بيع بستان فقال له القاضي : كم نخلة في البستان ؟ فقال

(١٠٢) انظر كلام الشافعي في مختصر المزني ٢٤٥/٥ ، الام ٢٢١/٦ ،
أدب القاضي للماوردي ٢٤٠/٢ الفقرة ٢٩٣٤ وما بعدها ، المذهب
٣٠٠/٢ .

(١٠٣) العبارة : ان يتلجلج الساهد في كلامه يريد لا يحوجه القاضي
بانتهاره الى (سقطت من نسخة س ، فجاءت العبارة فيها :) والتعته
ان يتع (٠٠) .

(١٠٤) ب والمطبوعة : (يتتبع) وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .
(١٠٥) ب : ولا يلجلجه (بسقوط لفظة : ان) .

(١٠٦) في المطبوعة : بصياحه (بناء مربوطة) وهو تصحيف مطبعي .

(١٠٧) أبو عمر القاضي ، وهو محمد بن يوسف بن يعقوب بن اسماعيل
ابن حماد بن زيد بن درهم الأزدي المالكي المتوفى ٣٢٠ هـ قاضي
بغداد زمن المعتضد والمقتدر وقد ولي القضاء في أماكن عديدة وكان
ثقة فاضلا بل عده الخطيب لا نظير له عقلا وحلما وذكاء في الأحكام
مع التمكن واستيفاء المعاني الكثيرة باللفظ اليسير والمعرفة لاقدار
الناس ومواضعهم وحسن الثاني في الأحكام والحفظ لما يجري على
يده ، وقد أثنى عليه من ترجم له فانظر ترجمته وأخباره في أخبار
القضاة ٢٨٥/٣ ، ٢٩٣ ، تاريخ بغداد ٤٠١/٣ رقم ١٥٣٠ ، والعبير
١٨٣/٢ ، البداية والنهاية ١٧١/١١ ، الديباج المذهب ١٨١/٢
رقم ١٩ ، شجرة النور الزكية ٧٨/١ رقم ١٢٩ ، النجوم الزاهرة
٢٣٥/٣ ، الاعلام ١٤٨/٧ . وقد رجح محقق المطبوعة ان يكون
المراد بذلك شخصا آخر يكنى بأبي عمر أيضا وهو القاسم بن جعفر

له : لا اشك في ان القاضي اعلم بداره مني بذلك البستان ؟ فقال له : نعم ،
فقال له : فكم (١٠٨) فيها [من] (١٠٩) جذع ؟ فسكت عنه ، وحكم
بشهادته لما ظهر من وقور عقله وتحصيله .

وحكى الشيخ أبو علي (١١٠) في شرحه الكبير (١١١) : ان رجلين
من السواد شهدا عند القاضي يحيى بن اكرم (١١٢) ببستان فيها

ابن عبدالواحد بن العباس العباسي الهاشمي البصري الذي ولي قضاء
البصرة المتوفى سنة ٤١٤ هـ المترجم له في تاريخ بغداد ٤٥١/١٢ رقم
٦٩٣٥ ، طبقات السبكي ٣١٠/٥ رقم ٥٣١ ، البداية والنهاية
١٧/١٢ ، العبر ١١٧/٣ ، شذرات الذهب ٢٠١/٣ لسببين : الاول
لان راوي القصة وهو أبو الطيب الطبري المتوفى ٤٥٠ هـ قد عاصر
القاسم بن جعفر والثاني لان كليهما من الشافعية . ولكن المشتهر
بهذه الكنية هو الاول ، فانظر على سبيل المثال تاريخ الطبري
١٠٨٦/٩٠ ، ٩١ ، ٩٨ ، ١٤١ ، وفيات الاعيان ١٤٣/٢ ، ١٤٤ ،
٣٣١/٤ ، ٤١٦/٦ وفوات الوفيات ٣٥٣/٣ ، وغيرهم فكانوا اذا
ذكروا ابا عمر القاضي فانما يعنون به محمد بن يوسف ، ولانه
كان قاضيا في بغداد زمنا طويلا اشتهرت فيها سيرته وأخباره ، في
حين ان القاسم بن جعفر كان في البصرة وقد جاء الى بغداد فشهد
عند القضاة ورجع الى البصرة ومكث هناك حتى توفي .

(١٠٨) في الاصل وفي ق ط : كم ، وما اثبتناه عن ب س .

(١٠٩) الزيادة من س فقط .

(١١٠) الشيخ أبو علي : هو الحسين بن شعيب السنجي المتوفى ٤٣٠ هـ
الذي مرت ترجمته .

(١١١) شرحه الكبير : هو شرحه لمختصر المزني الذي يسميه امام الحرمين
بالمذهب الكبير ، وهو كتاب جليل في الفقه الشافعي ، فانظر عنه
طبقات الشافعية الكبرى ٣٤٤/٤ ، كشف الظنون ١٦٣٥/٢ .

(١١٢) يحيى بن اكرم بن محمد بن قطن بن سماعيل بن مشنح من ولد اكرم
ابن صيفي التميمي أبو محمد ، سمع عبدالله بن المبارك وحفص بن
عبد الرحمن النيسابوري وغيرهما ، وروى عنه البخاري وأبو حاتم

نخل (١١٣) ، فأراد امتحانها وثبوت عقلها (١١٤) ، فقال : كم عدد النخل فيها ؟ فقالا : لا ندري ، فقال : اتشهدان على ما لا تدريان ؟ فقالا (١١٥) : كم في هذا المسجد من الاسطوانات ؟ [فقال : لا أدري ، فقالا : لو غصبه رجل (١١٦) ، اما كان يحل لك ان تشهد بأن فيه اسطوانات ؟] (١١٧) .

والمقصود ان الشهود ان كانوا وافري العقل ، أو فقهاء ، فلا يفرقهم ولا يطالبهم في سؤاله بما لا يلزمهم ذكره ، كقوله : في أي وقت شهدتم ؟

الرازي وغيرهما ، وكان عالما بالفقه بصيرا بالاحكام ، ولاء المأمون القضاء ببغداد ، ثم كان قاضيا للقضاة ، وكانت له مواقف محمودة في القضاء والفتوى ، وكان سليما من البدع ، وقف في وجه المأمون في محنة خلق القرآن ، وفي مسألة نكاح المتعة ، وله كتب في الفقه والاصول ، وهو الذي استصغره مشايخ البصرة حين ولي قضاءها ، فأجابهم حين سألوه عن سنه قائلا سن عتاب بن اسيد حين ولاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على مكة ، ولمواقفه في ذلك الظرف الدقيق اثirt حوله بمض الشبهات توفي سنة ٢٤٢هـ بالربذة على طريق الحج ، انظر أخباره في أخبار القضاة ٢٦٠/١ ، ١٦٠/٢ - ١٦٧ ، ٢٧٢/٣ ، ٢٧٣ - ٢٧٤ ، تاريخ بغداد ١٩١/١٤ رقم الترجمة ٧٤٨٩ ، الجواهر المضية ٢١٠/٢ ، رقم الترجمة ٦٦١ ، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٤٢١ ، ميزان الاعتدال ٣٦١/٤ ، وفيات الاعيان ١٤٧/٦ رقم الترجمة ٧٩٣ ، طبقات الحنابلة ٤١٠/١ وفيها انه حنبلي ، الفوائد البهية ٢٢٤ ، وطبقات المفسرين للدواودي ٣٦٢/٢ رقم ٦٧٨ .

(١١٣) س ق : نخل .

(١١٤) ب والمطبوعة : عقليهما ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س ق ظ .

(١١٥) ظ : فقال .

(١١٦) ق ظ : لو غصبه غاصب .

(١١٧) الزيادة من سائر النسخ .

وفي أي مكان ؟ ومع من كنتم ؟ وماذا كنتم (١١٨) ؟ ولا يصح عليهم ولا يقطب في وجوههم ، ولا يزيد في الاستقصاء بما يشق عليهم ، فإن ذلك يمنهم من تحمل الشهادة ، ومن أدائها ، فقد روى القاضي أبو الطيب أن رجلا شهد عند علي بن عيسى (١١٩) ، فقال له : اين شهدت ؟ قال : في قضاء وسعي ووسع المشهود له والمشهود عليه ، فقبل شهادته •

[تفريق الشهود]

[١٠٧] اما ان كان الشهود أغنياء جهلة (١٢٠) ، يظن بهم خبل وقلة (١٢١) ضبط [وحفظ] (١٢٢) ونقص رأي ، وعدم ثبت في الشهادة ،

(١١٨) في سائر النسخ وفي المطبوعة : وماذا اكلتم ، وما اثبتناه عن الاصل •

(١١٩) علي بن عيسى بن داود بن الجراح ، أبو الحسن وزير المقتدر بالله والقاهر بالله ، سمع أحمد بن بديل الكوفي ، والحسن بن محمد الزعفراني وغيرهما ، وكان صدوقا دينيا فاضلا عفيفا في ولايته ، محمودا في وزارته كثير البر والمعروف مع أهل العلم اضطربت حياته فنفاه المقتدر الى مكة واعاده ونقم عليه مرة أخرى ، ثم اعاده ، له من الكتب : جامع الدعاء ، ومعاني القرآن وتفسيره اعانه عليه ابن مجاهد المقرئ وغيره ، وديوان رسائل ، وكتاب الكتاب وسياسة الملكة وسيرة الخلفاء وغير ذلك توفي ببغداد ٣٣٤ و قيل ٣٣٥ هـ فانظر الفهرست ١٩٢ ، تاريخ بغداد ١٢/١٤ - ١٦ رقم ٦٣٧٦ ، معجم الادباء ١٤/٦٨ ، البداية والنهاية ١١/٢١٧ ، الكامل لابن الاثير ٦/١٢١ ، معجم المؤلفين ٧/١٦١ ، الاعلام (ط ٤) ٤/٢١٧ وفيه ان للكتاب الانكليزي هارولد بوين كتابا في حياة علي بن عيسى وعصره بالانكليزية •

(١٢٠) ق : جهلاء •

(١٢١) ق : أو قلة •

(١٢٢) الزيادة من س ق ط ، وفي ب : وخفض •

واقدام^(١٢٣) عليها ، أو فهم منهم باستقراء أحوالهم تهافتهم^(١٢٤) على الشهادة ، وإيثارهم لها ، واقدامهم على ادائها من غير تذكر لها [١٩/أ] ، لاسيما إذا انضاف الى ذلك أخذ الاجرة عليها ، فيستحب للقاضي أن يفرق مثل هؤلاء الشهود ويسأل كل واحد منهم منفردا ، فيقول : من شهد منكم أولا ؟ وهل كتبت شهادتك بجبر أو مداد ؟ وعن وقت الشهادة ، فيقول : أي وقت شهدت ؟ [وأي مكان شهدت ؟ وعن مكان الشهادة ، فيقول : في أي محلة شهدت ؟] ^(١٢٥) ، وفي أي دار شهدت ؟ وفي أي دار شهدت ؟ وفي أي موضع من الدار شهدت ؟

هكذا ذكره القاضي أبو الطيب •

وهو حسن •

[١٠٨] فإن^(١٢٦) اختلفت شهادتهم وأقوالهم ابطالها ، واسقطها ، وإن اتفقوا على كلمة واحدة ، وظهرت عنده دلائل الصديق سمعها بشروطها^(١٢٧) •

(١٢٣) س : واقدامهم • ق : أو اقدام

(١٢٤) لفظة (تهافتهم) سقطت من س •

(١٢٥) الزيادة من ب س ، وفي ق ط : وعن وقت الشهادة ، فيقول : أي وقت شهدت ، وأي مكان شهدت ، وفي أي دار شهدت وفي أي موضع •

(١٢٦) ق ط : وهو حسن فإن اتفقت شهادتهم قبلها ، وإن اختلفت شهادتهم وأقوالهم ابطالها واسقطها •

(١٢٧) قوله : (وإن اتفقوا على كلمة واحدة وظهرت عنده دلائل الصديق سمعها بشروطها) سقطت من ق ط ، ووضع بدلها عبارة هي : (وإذا قبل القاضي شهادة الشهود قال للمدعى عليه : قد ثبت عليك الحق ، فإن كان لك دافع أو معارض فابرزه والا فاعطه حقه) ثم

المسألة الخامسة (١٢٨) [جواب المدعى عليه]

[١٠٩] اذا صحت دعوى المدعى ، وأجاب المدعى عليه ، لا يخلو :
اما ان يجيب بالانكار ، أو بالاعتراف :

[انكار المدعى عليه]

(١١٠) ان (١٢٩) اجاب بالانكار وطلب من (١٣٠) القاضي احلافه ،
• احلفه •

فلا (١٣١) يحلفه الا بطلب المدعى •

وسنذكر كيفية اليمين في الدعاوى ان شاء الله تعالى •

(١١١) وان أراد اقامة الينة عليه احضر يته ، وسأل الحاكم
سماع شهادتهم •

والمستحب للقاضي ان يلتفت الى الشاهد ، ويأذن له في أداء
الشهادة •

والمستحب للشاهد ان يبجل قدر القاضي ، في اقامة الشهادة ،
فيقول :

أطال الله بقاء سيدنا الحاكم ، ويزيد من قابه ، والدعاء له ما يقتضيه
حاله وقدره ، ثم يقول بعد ذلك : اشهد بكذا وكذا •

ينتقل الى الكلام على موضوع القاضي لا يقضى بعلمه وذلك سيأتي
بعد حوالي صفتين تقريبا •

(١٢٨) سقطت هذه المسألة من ق ط •

(١٢٩) س : فان •

(١٣٠) س ب والمطبوعة : وطلب من الحاكم •

(١٣١) س ب والمطبوعة : ولا •

وسنذكر في الدعاوى ان شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنواعها وما يشترط في ألفاظها •

[١١٢] وإذا^(١٣٢) كملت البينة ، وكان الشاهدان عدلين عنده ، اعلم تحت رقم شهادة كل شاهد بما صورته : شهد عندي بذلك ، ان كان كل واحد^(١٣٣) شهد بجميع ما في الكتاب ، وان^(١٣٤) شهد ببعض ما في الكتاب ، كشهادته على البائع فقط في كتاب التبايع^(١٣٥) ، أو على المشتري فقط ، أو على المقر بالدين فقط دون اقراره بملائة ، أو برهن ، كتب تحت رقم شهادته : شهد عندي بما وضع به خطه •

هذا هو اصطلاحنا في أعمالنا ، ولكل قوم اصطلاح ، فليكتب الحاكم ما اصطلىح عليه حكاه بلده •

[١١٣] وان لم يكونا عدلين عنده ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك [١٩/ب] ، وقال للمدعي زدني في الشهود ، أو زك شاهديك •
وان كان متوسطي الحال في التعديل ، بان كان الحاكم يقبل شهادتهما في قليل المال دون كثيره ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك عسدي •

والمقصود تمييز الشهود على قدر مراتبهم ، في اكرامهم فعلا ومجلسا

(١٣٢) س ب والطبوعة : فاذا •

(١٣٣) س والطبوعة : كل واحد منهم شهد •• بزيادة لفظة : منهم وكان يجب ان يقال (كل واحد منهما) لانهما اثنان ، لقوله : وكان الشاهدان عدلين عنده •

(١٣٤) س والطبوعة : وان كان شهد (بزيادة لفظة : كان) •

(١٣٥) س : تبايع •

وعلاوة ووضعا في الترتيب على أحسن^(١٣٦) وضع ، فانه اذا فعل ذلك وميز بينهم رغب الاكابر في حفظ^(١٣٧) حقوق الناس بشهاداتهم ، واجابتهم اليها •

وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال :

« اكرموا الشهود ، فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق » ،^(١٣٨) •

وان^{١٣٩} كان عاملهم بضد ذلك ، وسوى بين الاعيان منهم وبين من^{١٤٠} دونهم امتنعوا عن الشهادة وتحملها ، وانخرمت قواعد الحكم •

(١٣٦) س : في أحسن •

(١٣٧) في الاصل : في حفظ حقوقهم ، وما اثبتناه عن س ب ، وقد سقطت هذه المسألة كما قلنا من ق ط •

(١٣٨) حديث : « اكرموا الشهود ، فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق » ، حديث ضعيف قال السخاوي : أخرجه الطقيني في الصغفاء ، واستقاش في انقضاء والشهود ، والدليمي في مسنده ٥٠ عن ابن عباس (المقاصد الحسنة ٧٨ - ٧٩ رقم ١٥٤) ، ورواه الخطيب وابن عساکر من حديثه (الجامع الصغير ١/٥٥) وقد صرح الصغاني بأنه موضوع (الفوائد المجموعة في الاحاديث الموضوعة للشوكاني ص ٢٠٠ رقم ٢ من كتاب القضاء) وجمع الجوامع المعروف بالجامع الكبير للسيوطي (طبعة مجمع البحوث العدد ١١ من الجزء الاول ص ١٢٥٩ ، رقم ٤١٠٠/٩٤ وطبعة الهيئة المصرية للكتاب ١/١٤٠) ويرد في بعض الفاظه زيادة : « ويدفع بهم الظلم » وفي بعضها « يستخرج بهم الحقوق » فانظر بشأنه : كشف الخفاء ١/١٩٤ - ١٩٥ رقم ٥٠٩ ، تلخيص الحبير ٤/١٩٨ رقم ٢١٠٧ ، كنز العمال : ط : الهند ح ٧ ص ٦ رقم ٤٩ ، الفتوح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ١/٢٢٦ •

(١٣٨) س ب والطبوعة : وان عاملهم •

(١٤٠) س والطبوعة : وبين من هو دونهم •

[١١٤] فإذا ثبت الحق بشهادة شاهدين عدلين ، أو بعد (١٤١) نزكية شاهدين مجهولين وطلب المدعي من الحاكم الزام المدعى عليه ، بما ثبت عنده ، قال الحاكم : انه (١٤٢) قد ثبت الحق عليك ، فإن كان لك دافع ، أو معارض فأبرزه ، والا فاعطه حقه •

وسنذكر تمة ذلك في الدعاوى ان شاء الله تعالى •
هذا كله ان انكر المدعى عليه •

[اقرار المدعى عليه]

[١١٥] وان (١٤٣) أقر حكم عليه بموجب اقراره ، ولا تسمع عليه بينة بعد اقراره •

ثم ان (١٤٤) أقر بمجلس الحكم بمحضر من حاضريه (١٤٥) ،

(١٤١) س : أو بعدل يزكيه شاهدين مجهولين (كذا وهو تصحيف) •
(١٤٢) ب س والمطبوعة : قال الحاكم له قد ثبت ••• وفي ق ط وردت العبارة : واذا قبل القاضي شهادة الشهود قال للمدعى عليه : قد ثبت عليك الحق فإن كان لك دافع أو معارض فأبرزه والا فاعطه حقه • ثم انتقلت التسختان الى قوله : فصل القاضي لا يقضي بعدمه الى آخر ما قال ، يسقط الصفحتين السابقتين واللام اللاحق •
(١٤٣) س والمطبوعة : فإن •

(١٤٤) جاء هذا الكلام في نسخة ط ونسخة ق على الوجه التالي : فصل : القاضي لا يقضي بعلمه في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط ، وهل يقضي بعلمه في حقوق العباد ؟ قولان : الاظهر : نعم ، ولو كان الاقرار عند حاكم فمن شرطه ان يكون بعد سماع الدعوى عليه ، فإن اقر عنده قبل سماع الدعوى من غير دعوى ، قال الماوردي ففي صحة الاقرار لاصحابنا وجهان : احدهما يصح وحكاه ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه ، والثاني لا يصح ، ويشبه ان يكون اختلافهم في هذا مخرجا من اختلاف قوله في القضاء بالعلم ، قال ذلك في كتاب الاقرار ، وقال في كتاب القضاء : وان أقر في موضع خلوة القاضي

فليس هذا حكما بالعلم على الصحيح ، سواء حقق الحاضرون اقراره أو لم يحققوه لغفلتهم واشغالهم ، أو انهم حققوه ، ولكنهم ليسوا عدولا .
هذا هو الصحيح من المذهب .

[١١٦] ورأيت الماوردي قد ذكر شيئا بعيدا^(١٤٦) في مواضع من كتابه :

فقال في الموضع الاول من الاقرار : الاقرار لا يصح الا بأربعة شروط ، الشرط الرابع منها وهو المقر عنده ، وهو من يصير الحق به محفوظا ، وهو أحد نفسين : اما حاكم ملزم ، او شاهد متحمل ، فان كان الاقرار عند حاكم فمن شرطه ان يكون بعد سماعه^(١٤٧) الدعوى عليه ، فان اقرّ عنده قبل سماعه الدعوى من^(١٤٨) غير دعوى ، ففي صحة الاقرار لاصحابنا وجهان : احدهما : يصح [٢٠/أ] ، وحكاة ابن

(ظ : الحاكم) كان حكمه بالعلم وفيه قولان سيأتيان ، وان اقر بمجلس الحكم البارز للناس وليس به أحد سوى الخصمين أو كان فيه جمع لكن يسار (ظ : سار) القاضي بالاقرار هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان . ثم ذكر فصل التزكية . . . (الورقة ٩٨/١ من نسخة ظ والصفحة ١٥٠ من نسخة ق) .

(١٤٥) في الاصل : من محاضريه .

(١٤٦) س ب والمطبوعة : بديما ، وما اثبتناه عن الاصل هو الصواب

لانه سيستغربه بعد قليل .

(١٤٧) س : سماع .

(١٤٨) س : ومن .

(١٤٩) ابن المنذر : هو أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري

الشافعي شيخ الحرم وصاحب الكتب التي لم يؤلف مثلها ككتاب المبسوط في الفقه وكتاب الاشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الاجماع وغير ذلك ، وكان غاية في معرفة الاختلاف والدليل مجتهدا

المندرج (١٤٩) عن الشافعي (١٥٠) . والثاني : لا يصح ، ويشبه ان يكون اختلافهم في هذا مخرجا من اختلاف قوله (١٥١) في ان الحاكم هل له ان يحكم بعلمه أم لا ؟
هذا ما ذكره في الاقرار (١٥٢) .

(١١٧) وقال في كتاب القضاء : اذا قلنا بجواز (١٥٣) حكمه بعلمه على (١٥٤) أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبرا بشرطين :
احدهما : ان يقول للمنكر : قد علمت ان له عليك ما ادعاه .
والثاني : ان يقول له : وحكمت عليك بعلمي .

فان اقتصر على أحد هذين الشرطين ، واغفل الآخر لم ينفذ

لا يقلد أحدا ، سمع محمد بن ميمون ، ومحمد بن اسماعيل الصائغ ،
ومحمد بن عبدالله بن عبدالحكم ، والربيع بن سليمان ، وخلقا ،
وحدث عنه أبو بكر بن المقرئ ، ومحمد بن يحيى بن عمار الدمياطي
وغيرهما ، توفي سنة ٣١٩ هـ بمكة ، انظر طبقات السبكي ١٠٢/٣
رقم ١١٧ ، تذكرة الحفاظ ٧٨٢/٣ رقم ٧٧٥ ، وفيات الاعيان
٢٠٧/٤ رقم ٥٨٠ ، طبقات الشيرازي ١٠٨ ، الوافي بالوفيات
٢٣٦/١ ، طبقات المبيادي ٦٧ ، طبقات الاسنوي ٣٧٤/٢ رقم
١٠١٤ .

(١٥٠) انظر رأي الامام الشافعي في هذه المسألة في كتاب الام ٢٢٣/٦ ،
المختصر ٢٤٦/٥ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الام)
١٠٣/٧ .

(١٥١) س : قوله .
(١٥٢) انظر كلام الماوردي في هذه المسألة في كتاب الاقرار من كتابه
الحاوي الكبير نسخة دار الكتب المرقمة ٨٣ فقه شافعي المجلد ٧
الورقة ١٧٣ ب .

(١٥٣) س : اذا قلنا يجوز حكمه . . .
(١٥٤) س : في أصح القولين .

حكمه (١٥٥) .

وان قلنا : ليس له ان يحكم بعلمه فقد قال مالك (١٥٦) : اذا أقر
عنده الخصم لم يجوز ان يحكم على المقر الا ان يشهد بأقراره شاهدان ،
ثلاثا يصير حاكما بعلمه ، [واختلف (١٥٧) أصحابنا في اعتبار هذا تقريرا على
منع الحكم بالعلم ، فذهب بعضهم الى اعتباره ، وانه لا يجوز له ان يحكم
على المقر بأقراره حتى يشهد له شاهدان ، ثلاثا يصير حاكما بعلمه] (١٥٨)
وذهب الاكثرون الى ان الشهادة غير معتبرة في اقراره في مجلس الحكم ،
لانه حكم بالاقرار ، وليس حكما بالعلم (١٥٩) .

[١١٨] وقال في الموضع الثالث من الاقضية (١٦٠) :

اذا ادعى رجل على رجل حقا ان أجاب المدعى عليه بالاقرار قبل

(١٥٥) انظر قول الماوردي في أدب القاضي ٢٧٧/٢ الفقرة ٣٥٨٢ وما
بعدها .

(١٥٦) نقل رأي الامام مالك ابن فرحون في كتاب تبصرة الحكام ح ٢
ص ٣٠ ، وابن رشد في بداية المجتهد ٢/٤٥٨ ، وابن قدامة في المغني
١١/٤٠٠ ، وقابل ذلك بما في الشرح الكبير ١١/٤٢٤ وجواهر
العقود ٢/٣٦٤ ، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع كتاب
الام) ٧/١٠٣ ، واخبار القضاة ٢/٣٥٩ ، وللامام مالك كلام يتصل
بذلك في المدونة ٥/١٤٨ .

(١٥٧) ب : فاختلف .

(١٥٨) الزيادة من س ب ومن أدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٨ اذ
الكلام له .

(١٥٩) انظر هذا القول للماوردي في أدب القاضي له ٢/٣٧٧ - ٣٧٨
الفقرة ٣٥٨٦ وما بعدها مع تصرف يسير باللفظ .

(١٦٠) هذا الكلام تجده في أدب القاضي للماوردي ٢/٣٣٧ الفقرة ٣٣٥٥
وما بعدها .

سؤال المدعي ، صار القاضي حاكماً فيه بعلمه ، فإن منع من الحكم بالعلم صار شاهداً فيه ، ولم يجوز أن يحكم عليه إلا أن يقرّ بعد سؤاله (١٦١) .
[١١٩] وهذا (١٦٢) الذي ذكره غريب .

وإن أقرّ في موضع خلوة الحاكم كان حكماً بالعلم وفيه قولان
سيأتيان .

وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس ، وليس (١٦٣) فيه أحد سوى الخصمين ، أو كان فيه جمع ، ولكن سار القاضي في الإقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان .

★ ★ ★

(١٦١) العبارة المبتدئة بقوله : (سؤال المدعي صار القاضي حاكماً فيه بعلمه ٠٠٠) المنتهية هنا سقطت من نسخة س واثباتها عن الاصل وعن نسخة ب وعن أدب القاضي للماوردي ٣٣٧/٢ .
(١٦٢) في ب وفي المطبوعة : هذا (يسقط الواو) واثباتها عن الاصل ، وقد سقطت هذه الجملة من نسخة س .
(١٦٣) ب والمطبوعة : وليس به .

الفصل الثاني^(١)

في التزكية

[حكمها]

[١٢٠] لا تسمع الا في حق المجهول حاله عند الحاكم • اما من يعرفه^(٢) بالفسق فلا يسمع تزكيته ، ومن يعرفه^(٣) بالعدالة يسمع قوله من غير تزكية على أصح القولين ، وفيه قول انه لا يسمع قوله مستندا الى علمه بعدالته ، بل لابد من طلب استزكائه^(٤) ، تفريعا على قولنا انه لا يقضى بعلمه •

[شروط التزكي]

[١٢١] واعلم ان التزكية لا تقبل الا من عدل خبير بأحوال من يزكيه خبرة باطنة ، سفرا وحضرا ، ومعاملة بالدينار والدرهم ، وصحبة يعرف بها بواطن حاله^(٥) [٢٠/ب] •

[صورة التزكية وألفاظها]

[١٢٢] والتزكية المطلقة صورتها الكاملة ان يقول :

-
- (١) وقع هذا الفصل في الورقة ١/٩٨ - ٩٩/ب ، من نسخة ظ وفي الصفحة ١٥٠ - ١٥٢ من نسخة ق •
- (٢) ق ظ : يعرف •
- (٣) ق ظ : عرف •
- (٤) ظ س : من استزكائه •
- (٥) س : بواطن أحواله •

اشهد ان هذا ، ويشير اليه ان كان الشاهد المزكي لا يعرفه عينا واسما [ونسبا] ^(٦) أو كان الحاكم لا يعرفه ، والشاهد يعرفه ، فلا بد من تركيته بمحضر منه ، والاشارة اليه ، وان كان الحاكم والشاهد يعرفانه بعينه واسمه ونسبه ، فلا يشترط حضوره وقت التزكية ، فيقول : اشهد ان هذا ، أو ان فلانا عدل عليّ ولي ، مقبول الشهادة •

و [انما] ^(٧) احترزنا بهذا القيد الاخير ، لأنه قد يكون عدلا عليه وله ، ولا تقبل شهادته لتغفله ^(٨) •

[١٢٣] ولفظة « اشهد » لا بد منها على المذهب الصحيح في التزكية وغيرها •

وحكى الامام وجها بعيدا غريبا : انه لا تشترط ^(٩) لفظة « اشهد » ، بل يقوم مقامها « اعلم » و « اتحقق » وغيرها • وهذا الوجه لم أر أحدا نقله سواه ^(١٠) •

[١٢٤] وقوله : « عليّ ولي » هل يشترط ذكرهما في التزكية ؟

(٦) الزيادة من سائر النسخ ومن السياق كما سيأتي •
 (٧) الزيادة من سائر النسخ ، وفي ط ق : قال ابن أبي الدم وانما ••
 (٨) في ط ق زيادة يعقب بها على ذلك فيقول : وما ذكره غير صحيح ، لأن المفعل ليس بمعدل له ولا عليه ، كما لا يكون عدلا على غيره ولا له ، وليس الكلام فيما اذا قال : هو صادق فيما شهد به علي ، لأن الحكم حينئذ ليس بمجرد اشهاد بل بانضمام قوله هو صادق ، ولا يختص هذا بالمفعل ، بل يشمل الفاسق أيضا ولفظة اشهد لا بد منها •• الخ •

(٩) ب س والمطبوعة : لا تتعين •
 (١٠) العبارة : (وهذا الوجه لم أر أحدا نقله سواه) سقطت من ق ط •

فيه وجهان مشهوران^(١١) .

[١٢٥] هذا في التزكية المطلقة .

فاما^(١٢) التزكية المقيدة ، فهو^(١٣) ان يشهد شاهد بحق ، فيزكيه
ساهدان في هذا المشهود به خاصة^(١٤) .

وفي^(١٥) سماع هذه التزكية وقبولها خلاف مشهور ، المشهور في
المذهب^(١٦) عدم قبولها ، والعمل في بعض الامصار على القبول
للمحاجة اليه .

[١٢٦] وأصل هذا الخلاف : ان العدالة هل تتبعض أم لا ؟

المشهور في المذهب : انها لا تتبعض ، وان من كان عدلا في درهم ،
فهو عدل^(١٧) في الف ، لأن حد العدل وشروط^(١٨) العدالة المعبرة
فيها ان وجدت كلها في هذا الشاهد كان عدلا مطلقا [فيقبل قوله

(١١) لفظة (مشهوران) سقطت من ق ط ، وجئت العبارة فيهما :
وجهان اصحهما لا . . وقد جاء في حاشية الاصل قوله : (الاصح
من الوجهين انه لا يشترط) .

(١٢) س : اما .

(١٣) ق ط : وهو .

(١٤) ب ط ق : خاصا .

(١٥) س : فقي .

(١٦) ط ق : خلاف مشهور في المذهب والمشهور . . س : خلاف المشهور
في عدم المذهب عدم قبولها (كذا) .

(١٧) ق ط : وان من كان عدلا في درهم كان عدلا في الف ولا شك ان
غلبة الظن الحاصلة بشهادة الفقيه العالم بالاحكام الشرعية . . الخ
مما سيرد بعد قليل . أي بسقوط شيء من الكلام .

(١٨) ب : وشروطه .

مطلقا [١٩] ، وان احتل شرط من شروطها انخرمت عدالته ، ولا يقبل قوله أصلا .

[١٢٧] وصاحب الوجه الآخر (٢٠) يقول : قد يكون الشخص عدلا في القليل ، بمعنى وثوق النفس به ، وميل الحاكم الى قوله فيه ، وركانة قلبه الى سماع شهادته في هذا القدر دون غيره ، ولا شك ان العامي الجاهل الناقص المرتبة اذا حسنت طريقته في الدين والمروءة تركن النفس الى شهادته بالمال القليل الذي هو دون النصاب (٢١) ، ولا تركن اليه في آلاف (٢٢) مؤلفة ، ولا يحصل للحاكم غلبة (٢٣) ظن [١/٢١] بشهادته في الكثير ، حصولها في القليل ، وهذا كما ان غلبة الظن الحاصلة بقوله وشهادته لا تساوى غلبة الظن الحاصلة من قول الفقيه (٢٤) العالم بالاحكام الشرعية المتصف مع العلم بالدين والورع وعلو المرتبة والاصالة (٢٥) ، فان لها أثرا عظيما (٢٦) ، فكم من أصيل كريم (٢٧) الابوة تمنعه ابوته عن الاقدام على ما يخرم مروءته ودينه .

ولهذا قال عمر بن عبدالعزيز لسالم (٢٨) بن عبدالله بن عمر :

(١٩) الزيادة من سائر النسخ .

(٢٠) في الاصل وفي س : الاخير .

(٢١) ب : دون النصاب مثلا .

(٢٢) س : في الوف .

(٢٣) في الاصل : غلبة الظن .

(٢٤) ق ط : الحاصلة بشهادة الفقيه العالم .

(٢٥) ق ط ، والاصالة غير حاصلة من غيره ، وكم من أصيل . . .

(٢٦) س : اثر عظيم .

(٢٧) في الاصل : كريم ابوته س : فكم من كريم . .

(٢٨) سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب التابعي الامام الفقيه الزاهد

العابد ، يكنى بأبي عمرو ، وقيل هو أبو عبدالله ، سمع اياه ، وابا

أيوب الانصاري ، ورافع بن خديج ، وابا هريرة ، وعائشة ،

قد بليت بهذا^(٢٩) الامر ، فأشر^(٣٠) عليّ بمن اولي ، فقال له : عليك بآرباب البيوت قولهم ، فانهم ان لم تمنعهم أديانهم^(٣١) منعتهم احسابهم^(٣٢) .

[التزكية حق لله تعالى]

[١٢٨] ويتصل بما ذكرناه النظر في أمور :^(٣٣)

احدها : ان التزكية حق لله تعالى .

وكثيرين ، وسمع جماعات من التابعين ، روى عنه جماعات منهم عمرو بن دينار ، ونافع مولى أبيه ، والزهري ، وموسى بن عقبة ، وغيرهم ، واجمعوا على امامته وزهادته وجلالته وعلو مرتبته ، وكان كثير الحديث ورعا ، عده ابن المبارك في الفقهاء السبعة توفي سنة ١٠٦هـ وقيل ١٠٥هـ ، وقيل غير ذلك وكانت وفاته في المدينة ، انظر : الحلية ١٩٣/٢ رقم ١٧٧ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٠٧/١ رقم ١٩٦ ، تذكرة الحفاظ ٨٨/١ رقم ٧٧ ، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال ١١١ ، طبقات ابن سعد ١٤٤/٥ ، طبقات القراء ٣٠١/١ ، طبقات الحفاظ ٣٣ رقم ٧٥ .

(٢٩) ب : هذا ، وكذا في المطبوعة .

(٣٠) س : فأشره .

(٣١) س ط ق والمطبوعة : ديانتهم ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب .

(٣٢) قول عمر بن عبدالعزيز لسالم بن عبدالله : قد بليت بهذا الامر فأشر عليّ . الخ روى بالفاظ مختلفة . فانظر سيرة عمر بن عبدالعزيز لابن عبدالحكم ١٠٥ ، وسيرته لابن كثير ٦٣ ، ٦٧ ، والحلية ١٩٤/٢ ، ٢٨٤/٥ وما بعدها .

(٣٣) العبارة : (ويتصل بما ذكرناه النظر في امور) سقطت من ق ط ، وجاءت العبارة فيهما على النحو التالي : ثم التزكية حق لله تعالى .

فإن (٣٤) سكت الخصم ، ولم يطلب استزكاه (٣٥) ، وجب على القاضي طلب تزكيته ، إلا إذا كان يعلم عدالته ، ففيه (٣٦) خلاف سبق ذكره (٣٧) .

[تزكية الخصم للشهود]

[١٢٩] فلو قال الخصم : هما عدلان ، لكن قد زلا (٣٨) في هذه القضية ، ففي وجوب الاستزكاه (٣٩) وجهان أظهرهما (٤٠) أنه يقضى عليه من غير استزكاه مؤاخذه له بقوله .

[١٣٠] ولو قال : هما عدلان فيما شهدا عليّ ، أو صادقان ، حكم عليه بغير (٤١) تزكية .

[١٣١] ولو قال : هما عدلان فقط ، هل (٤٢) يقضى عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو علي .

[١٣٢] وقال القاضي حسين :

إن قال : صدق عليّ الشاهد أو هو عدل في ما شهد (٤٣) عليّ كان

(٣٤) ق ط : فلو .

(٣٥) (استزكاه) كذا في الاصل وسائر النسخ ، وقد تصحفت في المطبوعة الى (استزكاه) بحذف الضمير .

(٣٦) ب : فيه .

(٣٧) العبارة : (ففيه خلاف سبق ذكره) سقطت من ط ق ، وقد مر ذكره ذلك في أول هذا الفصل في الفقرة ١٢٠ .

(٣٨) س ب والمطبوعة : (لكن زلا) بسقوط الحرف قد وما أثبتناه عن الاصل وعن ق ط .

(٣٩) ق : ففي وجوب التزكية .

(٤٠) في الاصل : اصحهما ، وفي س : احدهما ، وما أثبتناه عن ق ط ب .

(٤١) ط : من غير تزكية .

(٤٢) ق ط : فهل .

(٤٣) ق ط : يشهد علي به .

أقراراً ، وهل يكون تعديلاً للشهود حتى لا يحتاج إلى المسألة عنهما ؟
فيه وجهان •

(١٣٣) وهذا كله فيما إذا كان الشهود مجهولين ، لم يعرف
فسقهم •

فإن عرف الحاكم فسقهم لم يقض الحاكم باعتراف الخصم
بصدقهم (٤٤) وتعديلهم (٤٥) قولاً واحداً •
هكذا ذكره الشيخ أبو علي •
وللنظر فيه مجال (٤٦) •

★ ★ ★

(٤٤) س : بفسقهم •

(٤٥) ق ط : وعدالتهم •

(٤٦) (وللنظر فيه مجال) كذا في الاصل كما في ، س ب ، وقد قراها محقق
المطبوعة : (وللنظر فيه وجهة) وقد سقطت الجملة من ط ق ، وجاء
بعدها فيهما : فصل اختلف الاصحاب في مراد الشافعي رضي الله
عنه بأصحاب المسائل فمنهم من قال .. الخ •

الفصل الثالث^(١)

في أرباب المسائل

[المراد بأرباب المسائل وبيان عملهم]

[١٣٤] هذه لفظة : اطلقها الشافعي رضي الله عنه ، قال ^(٢) :

واحب ^(٣) ان يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف .. الى آخر كلامه ^(٤) .

[١٣٥] واختلف الاصحاب في أصحاب المسائل ، فمنهم من قال : أراد بهم المزكين ^(٥) ، ومنهم من قال : أراد بهم رسله الذين يبعثهم الى

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ٩٩ ب من نسخة ظ ، والصفحة ١٥٢ من نسخة ق مبتدئا بقوله : فصل : اختلف الاصحاب في مراد الشافعي رضي الله عنه ، فمنهم من قال .. الخ .

(٢) س ب والمطبوعة : فقال .

(٣) ب : واجب (بالتنقيط مع الشكل) .

(٤) كلام الشافعي هذا جاء هو وتتمته في المختصر كما يأتي : « واحب ان يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف في الطعمة والانفس ، وافري العقول برآء من الشحناء بينهم وبين الناس ، أو الحيف عليهم ، أو الحيف على أحد ، بان يكونوا من أهل الاهواء والعصبية أو المماطلة (كذا وصوابها المماطة) للناس وان يكونوا جامعين للامانة في أديانهم لا يتغفلون ، بان يسألوا الرجل عن عدوه فيخفي حسنا ويقول قبيحا فيكون جرحا ، ويسألوه عن صديقه فيخفي قبيحا ويقول حسنا فيكون تعديلا .. » فانظره في المختصر ٢٤٢/٥ - ٢٤٣ ، الام ٢٠٩/٦ ، البحر للرويانى ح ٦ الورقة ١٦٢ ، وقد نقله الماوردي وشرحه في أدب القاضي ٢٢/٢ - ٢٣ الفقرة ١٨٨٩ .

(٥) س : المزكين .

المزكين ، ومنهم من قال ^(٦) : أراد الذين ^(٧) يسألهم المزكون عن أحوال الناس •

ثم ان الاصحاب [٢١/ب] بينهم تباين يسير في هذه المسألة ^(٨) ، فلا بد من نقل ملخص ^(٩) كلامهم ومحصله في الطريقتين :

[١٣٦] قال أبو الطيب الطبري ، ونقله ^(١٠) عنه تلميذه ^(١١) ابن الصباغ ، والشيخ ^(١٢) أبو اسحاق ، قال :

لا يخلو : اما ان يبعث أرباب ^(١٣) مسائله الى قوم معينين ، ليسألهم ^(١٤) عن الشهود ، أو يفوض ^(١٥) اليهم السؤال عنهم من غير تعيين من يسألونه •

(٦) العبارة : (أراد بهم رسله الذين يبعثهم الى المزكين ومنهم من قال) سقطت من س •

(٧) ب : للذين •

(٨) العبارة : (ثم ان الاصحاب بينهم اختلاف يسير في هذه المسألة) سقطت من س •

(٩) في الاصل : محض كلامهم ، وما اثبتناه عن سائر النسخ •

(١٠) س : نقله (بسقوط الواو) •

(١١) ق ط : تلميذه •

(١٢) في الاصل (تلميذه والشيخ ابن الصباغ فالشيخ أبو اسحاق قال ••) وما اثبتناه عن سائر النسخ هو الصواب •

(١٣) س : يبعث أصحاب مسائله • وكذا على هامش ب ، وفي ط ق بأصحاب •

(١٤) س : ليسألهم • ق : يسألونهم •

(١٥) ط ق : عن الشهود المفوض اليهم السؤال عنهم والعدد شرط في السؤال كما في الشهادة والعدالة أيضا شرط في من يسألهم أرباب المسائل كالشهادة •

فان فوض اليهم السؤال عنهم^(١٦) كلن العدد شرطاً في السؤال كما
في الشهادة • والعدد^(١٧) أيضاً شرط في من يسألهم أرباب^(١٨) المسائل
كالشهادة •

فاذا وقفوا^(١٩) على حالهم شهدوا [عنده]^(٢٠) بما ثبت^(٢١)
عندهم من جرح أو تعديل ، وهذا [لا]^(٢٢) خلاف فيه بين
أصحابنا^(٢٣) •

اما اذا بحث بهم الى قوم معينين ليسألوهم^(٢٤) عنهم ، قال أبو
اسحاق^(*) : ليس العدد شرطاً في هذا الموضع ، بل اذا سأل واحد^(٢٥)
من أصحاب المسائل أو جماعة منهم عن حال الشاهد ، فان رجع
بجرحه^(٢٦) توقف القاضي ، وقال للمشهود له : زدني في الشهود^(٢٧) ،

(١٦) س ب والمطبوعة : فان فوض اليهم السؤال عنهم جاز والعدد شرط
في السؤال •

(١٧) ق ط : والعدالة •

(١٨) س : أصحاب •

(١٩) في الاصل : فاذا وقفوا على كتابهم • وما اثبتناه عن سائر
النسخ •

(٢٠) الزيادة من ب س ، وفي ط ق : عندهم •

(٢١) في ق ط ب والمطبوعة : يثبت •

(٢٢) الزيادة من سائر النسخ •

(٢٣) س : بين الاصحاب •

(٢٤) ق : يسألونهم •

(*) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٢/٢٩٦ •

(٢٥) س : واحدا ، ط ق : سأل واحد •

(٢٦) ط : تجريحه • س : فجرحه •

(٢٧) ق ط ب س والمطبوعة : في شهودك ، وما اثبتناه عن الاصل •

وان رجع بالتزكية استدعى^(٢٨) الحاكم المزكين الذين سأله^(٢٩) صاحب المسألة ، وسأله^(٣٠) عن الشهود : فان شهدوا بالعدالة حكم بشهادتهم ، قال أبو اسحاق : لأن أخبار صاحب المسألة عن المزكي شهادة على شهادة ، فلا تسمع^(٣١) مع حضور شاهد الاصل .

(١٣٧) وقال أبو سعيد الاصطخري :

العدد شرط في السؤال في هذا الموضع ، فلا^(٣٢) يجوز الاقتصار على صاحب مسألة واحد كما في الشهود^(٣٣) ، وهو ظاهر كلام الشافعي^(٣٤) ، وهو شهادة على الشهادة ، كما قاله أبو اسحاق ، غير انها تقبل في هذا الموضع للعذر كما تقبل الشهادة على الشهادة بعذر المرض والغيبة ، وهنا العذر قائم ، لانه لا يجب^(٣٥) على المسؤول الحضور عند الحاكم ، لتزكية من يسأل عنه ، وليس للحاكم ان يجبره عليه ، ولا يجب على الحاكم أيضا ان يحضره ليسأله ، فصار عذرا في قبول شهادة

(٢٨) في الاصل : يستدعي .

(٢٩) س : للذين سألهما .

(٣٠) في الاصل : ويسأله .

(٣١) ب : ولا يسمع . ط : وتسمع مع حضور (بسقوط الحرف : لا) .

(٣٢) في سائر النسخ : ولا ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٣) في سائر النسخ : كما في الشهادة وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٤) قوله : وهو ظاهر كلام الشافعي ، قلت : بل هو نص كلام الشافعي

اذ يقول في الام ٢٠٩/٦ « ولا يقبل تعديله الا من اثنين ولا المسألة

عنه الا من اثنين » وقال في المختصر ٢٤٣/٥ : « ولا يقبل المسألة عنه

ولا تعديله ولا تجريحه الا من اثنين » وانظر أدب القاضي للماوردي

٣٠/٢ ، الفقرة ١٩٢٧ ، والبحر للرويانى ح ٧ الورقة ١/١٦٤ ،

المهذب ٢٩٦/٢ .

(٣٥) ق ط : لا يجب عليه الحضور .

أصحاب المسائل على شهادة المسؤولين ، كالمرض والغية في شهادة شاهدي
الفرع [على شهادة شاهد الاصل] (٣٦) .

• وهذا هو المذهب .

[١٣٨] فقد حصل في المسألة ان العدد شرط في التزكية بلا خلاف
[٢٢/ب] ، والصحيح من المذهب انه شرط في السؤال (٣٧) .

[١٣٩] وقال الماوردي (٣٨) زيادة على ما ذكره (٣٩) القاضي
أبو الطيب :

ومن جملة احتياط الحكم ان (٤٠) لا يكون أصحاب مسائلهم
معروفين عند المشهود له والمشهود عليه والشهود والمسؤولين (٤١) عن
الشهود . ثم يكتب القاضي لهم اسم الشهود ، ومن شهدوا له ، وشهدوا
عليه (٤٢) ، والحق المشهود به ، وقد يسمى (٤٣) أصحاب المسائل

(٣٦) الزيادة من سائر الاصول .

(٣٧) العبارة المبتدئة بقوله : (وهذا هو المذهب فقد حصل ٠٠) المنتهية
هنا سقطت من ق .

(٣٨) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ٢٦/٢ وما بعدها الفقرة
١٩٠٢ وما بعدها .

(٣٩) س : زيادة على ما ذكرناه عن القاضي أبي الطيب .

(٤٠) س : ان يكون (يسقط الحرف : لا) وهو سهو .

(٤١) في الاصل : والشهود المزكين عن الشهادة ، وفي ب س ط : والشهود
والمسؤولين عند الشهود ، وفي ق : والشهود المسؤولين عند المشهودين ،
وما اثبتناه عن أدب القاضي للماوردي ٢٧/٢ الفقرة ١٩٠٧ ، لان
الكلام منقول عنه بتصرف .

(٤٢) في الاصل : وشهدوا عنده ، والتصحيح من النسخ الاخرى ومن أدب
القاضي للماوردي ٢٧/٢ الفقرة ١٩٠٨ ، وقد نقل ذلك من كلام
الشافعي وكلامه موجود في المختصر ٢٤٣/٥ ، والام ٢٠٩/٦ .

(٤٣) س : وقد سمي أصحاب المسائل المزكين (كذا) .

المزكين ، ثم يمضون لكشف حال الشهود ، ثم يخبرون الحاكم بما عرفوه من أحوالهم •

[١٤٠] وهل يعمل الحاكم بقول أصحاب مسائله في الجرح والتعديل ؟

فيه وجهان :

أحدهما^(٤٤) : نعم ، وهو ظاهر مذهب الشافعي وقول أكثر أصحابه ، فعلى هذا يجوز أن يكون ما سمعه أصحاب المسائل من الجيران^(٤٥) بلفظ الخبر ، ولا يعتبر في الخبر^(٤٦) العدد ، بل المعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق الخبر فيما أخبر به من جرح وتعديل ، وربما وقع في نفوس أصحاب المسائل صدق^(٤٧) الواحد فجاز أن يقتصر عليه ، وربما ارتاب من قول الاثنين ، فليزمه^(٤٨) أن يستزيد • ويجوز^(٤٩) لهم أن يسألوا الجار من أين علم تعديل الشاهد^(٥٠) وجرحه • ولا يجوز للحاكم أن يسأل أصحاب المسائل من أين علموا تعديلهم وجرحه •

(٤٤) ق ط : أحدهما وهو ظاهر المذهب نعم فعلى ••

(٤٥) في الاصل : من الخبر بلفظ الخبر ، ولا يعتبر في الخبر العدد ••
كذا •

(٤٦) ب س والمطبوعة : في الجيران وما اثبتناه عن الاصل •

(٤٧) العبارة المبتدئة بقوله : (المخبر فيما أخبر به من جرح ••) المنتهية هنا سقطت من س •

(٤٨) ق : فليزمه •

(٤٩) في الاصل : ويلزمهم أن يسألوا الجار ، والتصحيح من سائر النسخ •

(٥٠) ق ط : تعديل الشهود وجرحهم ، والوجه الثاني محكي •• بحذف شيء من الكلام •

والوجه الثاني محكي عن أبي اسحاق^(٥١) ، [ان]^(٥٢) الشاهد بالجرح والتعديل هم الجيران ، ويكون أصحاب المسائل رسلهم^(٥٣) فيها ، ويجوز للحاكم سماع ما يذكره أصحاب مسائله عن الجيران [بلفظ الخبر عنهم ، ويسمون للحاكم من عدل أو جرح^(٥٤) من الجيران]^(٥٥) ، ثم الحاكم يسمع من الجيران الشهادة بالجرح والتعديل على شرط الشهادة •

[١٤١] واما امام الحرمين فانه قال :

قال الشافعي رضي الله عنه : والمستحب ان يكون أصحاب مسائله جامعين للغة^(٥٦) ، فمن أصحابنا من قال : أراد بهم [المزكين ، ومنهم من قال :]^(٥٧) أراد بهم الرسل الحاملين الرقاع الى المزكين للبحث عن أحوال الشهود •

وينبغي ان يكون المزكون غير معروفين للناس ، خوفا من الخديعة •
[١٤٢] ونحن نذكر ما قيل في ذلك فنقول :
ذكر العراقيون طريقتين :

(٥١) قوله : عن أبي اسحاق • هو الشيرازي ، ورأيه في المهذب ٢٩٦/٢ •

(٥٢) الزيادة من سائر النسخ •

(٥٣) في الاصل : ويكون أصحاب المسائل مثلهم فيها • والتصحيح من سائر النسخ •

(٥٤) ب ق ظ : وجرح (بالواو) وما ائبتناه عن س وقد سقطت العبارة من الاصل •

(٥٥) الزيادة من سائر النسخ •

(٥٦) مرت الإشارة الى مظان كلام الشافعي في أول هذا الفصل •

(٥٧) الزيادة من سائر الاصول •

احدهما^(٥٨) : لابي اسحاق المروزي^(٥٩) ، فانه قال :^(٦٠)
لا يثبت التعديل ما لم يصرح الزكيان [ب/٢٢] به ، فلا^(٦١) تمويل على
الرقاع واجوبتها ، ولا على أقوال أصحاب المسائل .

و [الثانية]^(٦٢) قال أبو سعيد الاصطخري : اما الرقاع فلا يكفى
بها ، بل لابد من تصريح أصحاب المسائل ، وليكونوا^(٦٣) اثنين لابد
منهما بما سمعاه من قول الزكيين .

وانما اكفى الاصطخري بأقوال الرسل وان كانوا في مقام الفروع
مع القدرة على سماع كلام الاصول ، لذا يشتهر الزكون ، ويكثر ترددهم
الى مجلس الحكم لذلك فاحتمل ذلك .

[١٤٣] واما العدد فاحسن ترتيب فيه ان الزكي ان كان مولى من

(٥٨) في الاصل وفي س ق ظ : احدهما وما اثبتناه عن ب .
(٥٩) أبو اسحاق المروزي : واسمه ابراهيم بن أحمد ، وهو صاحب ابي
العباس بن سريج ، كان أبو اسحاق اماما جليلا غواصا على المعاني
ورعا زاهدا انتهت اليه رئاسة العلم ببغداد وانتشر الفقه عن أصحابه
في البلاد ، ثم انتقل في آخر عمره الى مصر وجلس مجلس الشافعي ،
شرح المختصر وصنف في الاصول والفروع توفي بمصر ٣٤٠ هـ انظر
طبقات العبادي ٦٨ ، طبقات الشيرازي ٩٢ ، طبقات ابن قاضي شهبة
النورقة ١٠/١ ، طبقات الاسنوي ٣/٢٧٥ رقم ١٠١٥ ، مرآة الجنان
٣٣١/٢ ، وفيات الاعيان ١/٢٦ رقم ٣ ، تاريخ بغداد ٦/١١ رقم
٣٠٤٠ . حسن المحاضرة ١/٣١٢ رقم ٦٢ ، المعبر ٢/٢٥١ .
(٦٠) ب س ق ظ والمطبوعة : لابي اسحاق المروزي قال (بسقوط لفظة :
فانه) .

(٦١) س والمطبوعة : لا ، وفي ظ : بلا ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ق .
(٦٢) الزيادة يقتضيها السياق .
(٦٣) في سائر النسخ وفي المطبوعة : وليكونا .

جهة الحاكم في البحث عن العدالة والجرح فهو^(٦٤) حاكم في ذلك .
 فان^(٦٥) لم يكن مولى ، فلا بد من العدد بلا خلاف ، ولا بد من
 لفظ الشهادة .

[١٤٤] وان^(٦٦) اكتفينا بقول^(٦٧) الرسل هل يشترط لفظ
 الشهادة ؟

- على قياس قول الاصطخري فيه وجهان .
- اما العدد فلا بد منه وفاقا كالمترجم .
- هذا ما ذكره الامام .

[١٤٥] والنظر بعد هذا في التزكية ، وهي حق لله تعالى ، وحق
 على القاضي مراعاتها ، ولا يقف وجوبها وبذل المجهود فيها على طلب
 الخصم . ولا بد من شاهدين بالتزكية ، فلا يثبت تعديل^(٦٨) الا باثنين ،
 وكذلك الجرح ، لكن الجرح^(٦٩) لا يسمع الا مفسرا بخلاف التعديل ،
 ومهما اجتمعا قدم الجرح .

[التعديل علانية]

(١٤٦) ومثي سأل عن الشهود سرا برقاع أو رسل ، سأل عن
 تعديلهم علانية ، هكذا قاله الشافعي^(٧٠) رضي الله عنه .

-
- (٦٤) س المطبوعة : فهو كحاكم .
 - (٦٥) في سائر النسخ والمطبوعة : وان وما اثبتناه عن الاصل .
 - (٦٦) س المطبوعة : فان .
 - (٦٧) س : بلفظ الرسل .
 - (٦٨) ب : وتعديل .
 - (٦٩) في الاصل : والجرح بسقوط لكن ، وما اثبتناه من سائر النسخ .
 - (٧٠) قول الشافعي رضي الله عنه تجده في المختصر ٢٤٣/٥ . الام ٢٢٢/٦ ، البحر للرويانى ح ٦ الورقة ١/١٦٩ ، أدب القاضي للماوردي ٥٣/٢ الفقرة ٢٠٣٩ .

ومعنى (٧١) العلانية : احضار المزكي الى مجلس الحكم وتكليفه
للاشارة الى الشاهد الذي قد عدله .

قال الشيخ القفال :

لأنه ربما يشتهر (٧٢) الشاهد باسم عدل فيقول : هو عدل . قال :
وقد شهد عند [المداني] (٧٣) قاضي مرو رجل مسمى باسم عدل ،
مسأل (٧٤) القاضي النسخ الخصري (٧٥) عنه ، وكان الخصري مزكيا ،
فقال : هو عدل ، وكان الشاهد قد زور اسمه ، فالإشارة اليه تدفع هذا
المحذور .

[١٤٧] وقال سوار (٧٦) القاضي :

اثان لم اسبق اليهما ، فلا يتركهما حاكم بعدي : المسألة في السر ،

(٧١) ق ط : وعنى بالعلانية .

(٧٢) ب س ق والمطبوعة : ربما يسمى ، ط : ربما يسوى .

(٧٣) الزيادة من ب ط ق ، وقد سقطت من الاصل ومن س والمداني قال
السمعاني بفتح الميم وسكون المين وفتح الدال المهملة وبعد الالف
نون ، هذه النسبة الى معدان وهو اسم جد المنتسب اليه ، ثم ذكر
جماعة ممن ينتسب الى هذه النسبة ، انظر الانساب الورقة
١/٥٣٦ ، الباب ٢٣٢/٣ ، لب الباب ٢٤٨ .

(٧٤) العبارة المبتدئة بقوله : وقد شهد عند المداني . . . المنتهية هنا
سقطت من نسخة س .

(٧٥) مرت ترجمة الخصري .

(٧٦) سوار القاضي : هو أبو عبدالله سوار بن عبدالله بن قدامة العنبري ،

ولاه أبو جعفر المنصور القضاء على البصرة وعمره ١٧ سنة ، وكان
من فقهاء البصرة ومتقنينهم وكان أول من تشدد في القضاء وعظم
أمره ، واتخذ الامناء واجرى عليهم الرزق ، وكان صالحا يطعم
الناس ، مات أميرا وقاضيا سنة ١٥٦ هـ عن ٧٤ سنة انظر ترجمته
وأخباره في أخبار القضاة ٥٥/٢ - ٨٨ ، الطبقات لابن خياط

نم (٧٧) المسألة في العلانية (٧٨) .

وكان سوار هذا (٧٩) قاضيا للمنصور .

[ثبوت عدالة الشاهد]

العصفري ٢٢١ ، مشاهير علماء الامصار رقم ١٢٤٦ ، والمعرفة والتاريخ ١٤٢/١ ، وحفيده اسمه سوار بن عبدالله أيضا المتوفى ٢٤٥ كما في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ١٥٩ ، وتاريخ بغداد ٢١٠/٩ رقم ٤٧٨٨ ، وليس هو المراد بل المقصود هو جده لأنه هو الذي كان قاضيا للمنصور كما يقول المؤلف .

(٧٧) ب : المسألة في السر ثم في العلانية (بسقوط لفظة : المسألة) .
(٧٨) قول سوار : اثنان لم اسبق اليهما . . يروى من كلام ابن شبرمة (عبدالله بن شبرمة بن الطفيل الضبي الكوفي التابعي المتوفى ١٤٤هـ) بلفظ « شيثان ما عمل بهما قبلي أحد ولا يتركهما بعدي أحد : تحلية الشهود والسؤال عنهم سرا » (انظر أدب القاضي للماوردي ١٥/٢ الفقرة ١٨٦٩) وروى بلفظ : « وضعت ثلاثة أشياء لم يعمل بها أحد قبلي ولم يتركها أحد ممن بقي بعدي : المسألة عن الشهود في السر واثبات الحجج وتحلية الشهود » (أخبار القضاة ١٢٠/٣) وروى بلفظ « ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ولم يتركهن أحد بعدي : المسألة عن الشهود واثبات حجج الخصمين وتحلية الشهود » (انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف الحسام الشهيد ابن مازة ٢٣/٣ الفقرة ٥٥٦) وانظر ذلك في أحكام القرآن للجصاص ٥٠٦/١ ، وقد بات ذلك معروفا من كلام ابن شبرمة فقد روى انه أول من سأل عن الشهود في السر ابن شبرمة (أخبار القضاة ١١٦/٣) وقد قيل ان أول من سأل في السر هو شريح القاضي ، حتى قيل له : يا أبا امية احدثت ، فقال : احدثتم فاحدثنا (أخبار القضاة ٣٦٩/٢ ، وقابل ذلك بما فيه في ح ٢ ص ٣١٨) .

(٧٩) في الاصل وفي سائر النسخ : وكان هذا سوار قاضيا للمنصور ، وما اثبتناه من التقديم والتأخير يقتضيه السياق ، وقوله : وقال سوار القاضي . . . الى آخر هذه العبارة سقط من ق ط .

[١٤٨] ثم اذا (٨٠) قضى القاضي بعدالة شاهد ، ثم شهد عنده بعد ذلك بواقعة أخرى ، ان (٨١) طالبت المدة ، وكان القاضي غير خير بحاله [٢٣/أ] في المدة المتخللة ، فهل له القضاء بشهادته بناء على العدالة (٨٢) التي ثبتت في القضية الاولى ؟
[فيه] (٨٣) وجهان :

جمهور الاصحاب قالوا : لا بد من استزكاء جديد • وعلى هذا ينبغي ان لا يغفل القاضي المسألة عن شهوده الذين يتناوبون مجلسه للشهادة •

والمرجع (٨٤) في طول الزمان (٨٥) وقصره الى العادة ، والى ما يغلب على (٨٦) ظن القاضي •

★ ★ ★

-
- (٨٠) ق ط : ومتى ، ب س والمطبوعة : ثم متى •
(٨١) ب : وان •
(٨٢) س : على عدالته •
(٨٣) الزيادة من سائر الاصول •
(٨٤) س : والرجوع •
(٨٥) س ب ط : الزمن وما اثبتناه عن الاصل وعن ق •
(٨٦) ط ق : على الظن (بالالف واللام وبحذف كلمة القاضي) ثم انتقل الكلام فيهما الى الفصل الذي يأتي بقوله : فصل : لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه •

الفصل الرابع^(١)

في القضاء بالعلم

[١٤٩] لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه في الجرح ، فاذا عدل عنده شاهد علم القاضي فسقه عمل بعلمه ، ولا يقضي بشهادته قولاً واحداً .
[١٥٠] اما اذا علم عدالة الشاهد ، فهل له ان يقضي بشهادته من غير تزكية شاهدين^(٢) ؟
فيه قولان .

أصحهما ههنا القضاء بالعدالة التي يعلمها .

[١٥١] وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف ، كما لو شهد شاهدان ان زيدا قتل عمروا وقد علم ان خالداً هو القاتل له ، لا يقضى بشهادتهما على زيد بالقتل بالاجماع .

وهكذا لو شهدا^(٣) على اقرار زيد بمال لعمرو ، وقد علم ان عمروا ابرأه ، أو استوفى هذا المال منه عمل بعلمه دون شهادتهما بلا خلاف .

[١٥٢] اما القضاء بالعلم الذي انفرد به ، هل يقضى به ؟
فيه قولان^(٤) .

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠١ ب من النسخة ط وفي الصفحة ١٥٤ من نسخة ق ، وابتدأ الكلام فيهما بقوله : لا خلاف ان القاضي يقضي بعلمه ..

(٢) س : تزكية من شاهدين .

(٣) س : شهد .

(٤) س : زجهان ، وانظر القولين في مختصر المزني ٢٤٦/٥ .

أصحهما عند البخوي : نعم •

قال : وهو اختيار المزني^(٥) •

قال الربيع^(٦) :

كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ، لكنه لا يفتي^(٧) به خوفا من

فضة السوء •

(٥) انظر اختيار المزني في مختصره ٢٤٦/٥ مبدوءا بقوله : قال المزني •

(٦) الربيع : قال النووي : اعلم ان الربيع حيث اطلق في كتب المذهب المراد به المرادي واذا أرادوا به الجيزي قيدوه بالجيزي (تهذيب الاسماء واللغات ١/١٨٨) قلت : اعلم ان للشافعي صاحبين يسميان بالربيع ، احدهما الربيع بن سليمان بن داود الازدي مولاهم المصري وكان ثقة صالحا ، توفي سنة ٢٥٦هـ (تهذيب التهذيب ٣/٢٤٥ رقم ٤٧٢ ، وفيات الاعيان ٢/١٣٢ رقم ٢٨) وليس هو المراد هنا ، وانما المراد المرادي وهو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي مولاهم المصري المؤذن صاحب الشافعي وخدمه ، وسمع منه ومن ابن وهب ويحيى بن حسان وغيرهم ، وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم الرازيان وابن أبي حاتم وأبو داود والنسائي ، وروى كتب الشافعي الجديدة بدقة واتقان ، وكان صدوقا ، توفي سنة ٢٧٠هـ انظر ترجمته في تهذيب الاسماء واللغات ١/١٨٨ رقم ١٦٥ ، تذكرة الحفاظ ٢/٥٨٦ رقم ٦١١ ، تهذيب التهذيب ٣/٢٤٥ رقم ٤٧٢ ، وفيات الاعيان ٢/٢٩١ رقم ٢٢٣ ، طبقات السبكي ٢/١٣٢ رقم ٢٨ ، طبقات الاسنوي ١/٣٩ رقم ١٨ • وقوله : (قال الربيع) انظر رايه في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الام) ج ٧ ص ١٠٣ مبدوءا بقوله : (قال الربيع) ، وبشأن قولي الشافعي في القضاء بالعلم في الموضع نفسه وفي مختصر المزني ٢٤٦/٥ ، والام ٦/٢٢٣ ، وأدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٠ رقم الفقرة ٣٥٥٥ •

(٧) س : لا يقضي •

[١٥٣] قلت (٨) :

انما اطلق الاصحاب قولين في القضاء بالعلم ، ولم يفرقوا بين ان يكون العلم الحاصل له عن مشاهدة منه ، وبين ان يكون علمه باخبار التواتر .

ورأيت الامام حكى هذا في موضع (٩) من النهاية (١٠) ، ونحن نحكيه (١١) لغرض لنا قال :

القاضي هل يقضي بعلمه ؟ فيه خلاف ، فان منعناه ، فهل يقضي بعلمه من أخبار التواتر ؟ فيه خلاف (١٢) [مرتب (١٣) على ما اذا علمه (١٤) بمشاهدة ، واولى بالجواز هنا ، لانه لا تهمّة تلحقه في (١٥)

(٨) ب والمطبوعة : قلت أنا ، وفي س ق ط : قلت اطلق .

(٩) س ط ق والمطبوعة : حكى هذا في هذا الموضع ، وفي ب : حكى هكذا في موضع ، وما اثبتناه عن الاصل .

(١٠) النهاية : هو كتاب (نهاية المطلب في دراية المذهب) لامام الحرمين الذي جمعه في مكة واتمه في نيسابور وقد أثنى عليه ابن خلكان وقال : ما صنّف في الاسلام مثله قال ابن النجار انه مشتمل على أربعين مجلدا ، ثم لخصه ولم يتم ، واختصره أبو سعد عبدالله بن محمد اليميني المعروف بابن أبي عصرون المتوفى ٥٨٥هـ وسماه صفوة المذهب من نهاية المطلب وهو سبعة مجلدات انظر كشف الظنون ١٩٩٠/٢ ، وفيات الاعيان ١٦٨/٣ ضمن ترجمته المرقمة ٣٧٨ ، مفتاح السعادة ٣٤١/٢ وقد عد حاجي خليفة بسيط الغزالي كالمختصر للنهية كشف ٢٤٥/١ .

(١١) ب س : نحمله ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ق ط .

(١٢) العبارة المبتدئة بقوله : (فان منعناه) المنتهية هنا سقطت من ق ط .

(١٣) الزيادة من سائر الاصول .

(١٤) ق ط : علم

- ما علمه بأخبار التواتر ، بخلاف علمه بنيرها ، فانه (١٦) متهم .
- وهذا في غاية (١٧) اللطف والحسن .
- [١٥٤] وقد ذكرنا من قبل (١٨) : ان من أقر في مجلس (١٩) الحكم قضى عليه ، وليس قضاء بالعلم على الصحيح ، فانه أقوى الحجج وأعلاها .
- [١٥٥] فلو أقر عنده سرا هل يكون كالحكم بالعلم ؟
- فيه قولان .
- [١٥٦] ولو شهد عنده شاهد واحد [٢٣/ب] بما يعلمه القاضي (٢٠) ، هل يعني علمه عن شاهد آخر حتى يكون كشاهد (٢١) آخر ويقضي ؟
- فيه وجهان • أحدهما لا يكفي .

★ ★ ★

-
- (١٥) ب : لا تهمة تلحقه فيهما بأخبار ، وفي س : فما علمه ، وفي المطبوعة فيسا .
- (١٦) س : فعرفنا انه متهم .
- (١٧) س : غاية الحسن .
- (١٨) الفقرة ١١٥ من هذا الكتاب .
- (١٩) ق ظ : في مجلس القاضي .
- (٢٠) س : بما علمه القاضي .
- (٢١) العبارة : (حتى يكون كشاهد آخر) سقطت من ق ، وهي موجودة في ظ وفي ب س كما في الاصل .

الفصل الخامس^(١)

في قضاء القاضي لاصوله وفروعه وقبول تزكياتهم
وقضائه على عدوه وقضاء^(٢) الوصي على الموصى عليه

[١٥٧] مذهب الشافعي رضي الله عنه انه لا ينفذ^(٣) قضاؤه لوالده
وان علا ، ولا لولده وان سفل ، كما لا تسمع شهادة بعضهم لبعض
خلافا^(٤) لصاحبيه المزني وأبي ثور^(٥) في المسألتين^(٦) .

(١) سقط هذا الفصل من ق ط وجاء في موضعه الفصل السادس الذي
يليه وقد بدى فيهما بقوله : فصل : اذا ثبت عند الحاكم الحق
بشهادة عدلين ولم يقل حكمت . .

(٢) س : وقضائه على الموصى عليه .

(٣) س : لا يقبل .

(٤) س : خلافا لابي ثور والمزني .

(٥) أبو ثور : واسمه ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي
الامام الجليل الجامع بين علمي الحديث والفقه ، أحد الاثمة
المجتهدين والفقهاء البارزين المتفق على امامته وجلالته وتوثيقه وفضله
ومحاسنه مشهورة ، وله كتب مصنفة في الاحكام وهو أحد اصحاب
الشافعي البغداديين رواة كتاب (القديم) وهم أحمد وأبو ثور
والكرايسي والزعفراني ، ومع ذلك فهو صاحب مذهب مستقل
توفي في صفر سنة ٢٤٠ هـ ببغداد انظر تهذيب الاسماء واللغات
١/٢/٢٠٠ رقم ٣٠٦ ، تاريخ بغداد ٦/٦٥ رقم ٣١٠٠ ، تهذيب
التهذيب ١/١١٨ رقم ٢١١ ، وفيات الاعيان ١/٢٦ رقم ٢ ، طبقات
السبكي ٢/٧٤ رقم ١٥ .

(٦) بشأن رأي الشافعي وأبي ثور والمزني في هاتين المسألتين : انظر
المختصر ٥/٢٤٦ الام ٦/٢٢٣ ، البحر للرويانى ح ٧ الورقة
١/٨٦ ، المهذب ٢/٣٣١ ، نهاية المحتاج ٨/٢٤٤ ، أدب القاضي
للماوردي ٢/٤١٣ الفقرة ٣٧٨٠ وما بعدها .

[١٥٨] ولو رقت^(٧) قضية لوالده على ولده ، قال البغوي : لا يحكم لوالده على ولده للبضية والتهمة •

[١٥٩] اما قبول تزكية والده وولده^(٨) ففيه^(٩) وجهان أصحهما لا تقبل •

[١٦٠] ولا يحكم على عدوه ، ويحكم له •

[١٦١] ووصي اليتيم اذا ولي القضاء ، المشهور في المذهب ، انه لا يقضي له كولده •

وقال الشيخ القفال : يقضي له ، لأن كل قاض فهو وليّ الايتام • وهذا هو الصحيح عند متأخري الاصحاب ، وعليه العمل في الامصار •

★ ★ ★

(٧) س : وقعت •

(٨) ب س والطبوعة : أو ولده •

(٩) ب س والطبوعة : فيه •

الفصل السادس^(١) في نقض قضائه الذي وقع منه

[مقدمة]

[اختلافهم في عد الثبوت حكماً]

[١٦٢] وتقدم على هذا مقدمة لا بد منها ، وهو ان الحاكم اذا ثبت عنده الحق بشهادة عدلين ، ولم يقل حكمت ولا ألزمت ، فهل مجرد^(١) قوله : ثبت الحق عندي حكم [به]^(٢) حتى لا يقتصر بعده الى قوله : حكمت أو ألزمت ، أو ما يقوم مقامها ؟

فيه وجهان^(٣) مشهوران ، أصحهما انه ليس بحكم ، صرح بهما^(٤) الماوردي^(٥) ، وأشار^(٦) اليهما القاضي أبو الطيب ، والشيخ أبو نصر^(٧) ، والشيخ أبو اسحاق^(٨) من العراقيين^(٩) والقاضي

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٢ ب من نسخة ظ ، وفي الصفحة ١٥٥ من نسخة ق ، وقد ابتداء بقوله : فصل : اذا ثبت عند الحاكم الحق بشهادة عدلين .

(٢) س والمطبوعة : بمجرد ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب ظ ق .

(٣) ب والمطبوعة : حكم منه والزيادة من ق ظ س .

(٤) ظ : وجهان أصحهما .

(٥) س والمطبوعة : صرح بهما كذلك الماوردي (بزيادة لفظة : كذلك) وقد سقطت هذه اللفظة وما بعدها من العبارة الى نهايتها من نسخة ق ظ .

(٦) انظر أدب القاضي للماوردي ١٠٣/٢ الفقرة ٢٢٥٣ .

(٧) س : وأشار اليهما القفال وأبو الطيب .

(٨) قوله (والشيخ أبو نصر) ليس في ب .

(٩) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المذهب ٣٠٥/٢ .

(١٠) قوله : (من العراقيين) ذكر تاج الدين السبكي ان الشافعية قد تفرقوا في البلاد ، فمنهم العراقيون ، ومنهم النيسابوريون ، ومنهم

حسين^(١١) ، والامام ، والشيخ أبو علي من المرازمة ، وسندكرها في موضع سيأتي ان شاء الله تعالى^(١٢) .

[ما ينبغي على هذا الخلاف]

(١٦٣) وينبغي على هذا الخلاف رجوع الحاكم ، وتغريم^(١٣) الشاهد اذا رجع ، واليمين المستحقة للحكم^(١٤) على الميت والغائب على أحد القولين ، وحضور شاهد الاصل [من الغيبة ، وبرؤه من المرض . فان قلنا : ان الثبوت ليس بحكم ، فان للحاكم التوقف في الحكم اذا رآه امر^(١٥) . ولو رجع الشاهد بعد الثبوت وقبل الحكم ، لا يغرم ، وبعد الحكم يغرم على أحد القولين^(١٦) . ولو حضر^(١٧) شاهد الاصل [الشهادة]^(١٨) من الغيبة ، او برى من المرض بعد ادائه^(١٩) شهود الفرع [الشهادة]^(٢٠) وقبل الحكم^(٢١) ، لم يعمل بشهادتهم ، بل يجب

الخراسانيون ، وغير ذلك ولكل وجهة هو موليها في طرائق البحث وانظر فانظر الطبقات الكبرى ٣٢٤/١ وما بعدها .

(١١) س : وقال القاضي حسين .

(١٢) سيأتي بعد قليل فانظر الفقرة : ١٦٨ .

(١٣) س : رجوع الحاكم والشاهد وتغريمهم ، ط ق : وتغريم الشهود اذا رجعوا .

(١٤) في الاصل : للحاكم وما اثبتناه عن سائر الاصول .

(١٥) س : اذا رأى به امرا .

(١٦) العبارة من قوله : (وحضور شاهد الاصل من الغيبة ٠٠) الى هنا سقطت من ق ط وهي أيضا ساقطة من الاصل .

(١٧) ق ط : وان .

(١٨) ما بين القوسين ساقط من الاصل واثباته عن ب س وقد سقط قسم منه من ق ط .

(١٩) س : قبل ادائه .

(٢٠) الزيادة من سائر النسخ .

(٢١) في الاصل : وقبل الحاكم والتصحيح من سائر النسخ .

على شاهد الاصل أداء الشهادة ليعمل بها ، واذا قامت الينة على ميت ، أو غائب ، فقد ثبت الحق ، بمعنى ظهر للحاكم [٢٤/أ] صدق المدعي ، فلو سأل [من] (٢٢) الحاكم الحكم له بالحق ، فلا بد من يمين للحكم (٢٣) على انيت قولاً واحداً ، وللحكم (٢٤) على الغائب على أصح القولين •

وان قلنا : ان الثبوت حكم ، فمتى قال الحاكم : ثبت عندي الحق ، فهذا حكم منه به الآن ، فبنتي عليه أحكام (٢٥) الحكم التي ذكرناها جميعها ، فلا يحتاج معه الى قوله : وحكمت به •

[١٦٤] بقي ههنا بحث ، وهو اذا قلنا : ان الثبوت حكم ، وكان الحق على ميت فلا بد (٢٦) فيه من اليمين ، ووقتها بعد تكمل (٢٧) الشهادة ، واقامة (٢٨) الينة ، فحيث يشترع اليمين ، فيحلف الحاكم صاحب الحق اليمين المعبرة فيه ، ثم يقول : ثبت عندي حق هذا المدعي على المدعي عليه [كما يحلفه للحكم ، ثم يحكم بعد تقديم اليمين عليه] (٢٩) •

[١٦٥] وهذا تحقيق لابد من ذكره ، ولم أر أحداً من أصحابنا صرح به ، بل ما صرح أحد من الشارحين بالخلاف في ان الثبوت حكم ، أو ليس بحكم الا شذوذ منهم •

[١٦٦] فحصل من هذا ان الينة اذا اقيمت على ميت أو غائب فلا

(٢٢) الزيادة من سائر الاصول •

(٢٣) في الاصل : ليحكم وما أثبتناه من سائر النسخ •

(٢٤) في الاصل : وليحكم وفي ق ظ : أو للحكم ، وما أثبتناه عن ب س •

(٢٥) س : الاحكام التي ذكرناها •

(٢٦) ب : فلا بد من اليمين •

(٢٧) س والمطبوعة : بعد تكملة وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ق ظ •

(٢٨) ب ق س والمطبوعة : وقيام البينة وما أثبتناه عن الاصل وعن ظ •

(٢٩) الزيادة من سائر النسخ •

يجعله حكما ما لم يحلف • فإذا حلف ، قلنا ثبت ، وهذا الثبوت نفسه
هو عين الحكم ، وقيل : اليمين ، وإن تمت الشهادة لا نقول ثبت •

وإن كانت البيعة^(٣٠) مقامة على حاضر كان مجرد قول الحاكم
ثبت عندي كذا بعد أداء الشهادة ، ثبوتنا ، وهو حكم بينه •

[١٦٧] نعم قال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

إذا ادعى على ميت أو غائب حقا ماليا ، وشهد له به شاهد واحد ،
وحلف^(٣١) مع شاهده ، ثبت الحق ، واغنت [هذه]^(٣٢) اليمين المكملة
للبيعة عن يمين الحكم^(٣٣) على الميت فلا تجب عليه يمين ثانية على أصح
الوجهين •

هكذا قاله الشيخ أبو علي ، وهو غريب حسن •

[وذكر البغوي فيه وجهين متقابلين]^(٣٤) •

وسئل الغزالي في فتاويه عن هذه المسألة الأخيرة ، فقال : تكفي^(٣٥)
يمين واحدة تكمل البيعة مع الشاهد وللحكم^(٣٦) ، ولم يذكر فيه خلافا •
[١٦٨] والذي عندنا في هذا كله ما هو المختار عندنا ، وهو أن
الثبوت ليس حكما ، وأنه لا بد من يمين الحكم^(٣٧) على الغائب كالميت •

(٣٠) ق ط : وإن كانت البيعة على حاضر •

(٣١) س : فحلف •

(٣٢) الزيادة من سائر النسخ وفي س : واغنت هذه اليمين عن يمين
الحكم •

(٣٣) في الاصل : الحاكم ، وما اثبتناه عن سائر النسخ •

(٣٤) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن ب ومن المطبوعة ، وزيادته
عن س ق ط •

(٣٥) س : يكتفى بيمين واحدة •

(٣٦) في المطبوعة : للحكم (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن الاصل وعن
ب س ق ط •

(٣٧) ب س ق ط والمطبوعة : يمين للحكم وما اثبتناه عن الاصل •

وانه اذا حلف مع شاهده في حق مالي ثبت^(٣٨) بالشاهد واليمين فقد تم ،
لأن الثبوت^(٣٩) اما بالشاهد فقط على وجه ، أو باليمين [فقط]^(٤٠)
على وجه ، أو بهما على وجه ، وهو^(٤١) الصحيح ، فاذا طلب المشهود
له الحكم ، أو طلب استيفاء الحق من مال الميت المدين أو الغائب المدين
[٢٤/ب] فلا بد من يمين يستحلفه^(٤٢) الحاكم بها ، كما سنصفه في
الدعوى^(٤٣) ان شاء الله تعالى .

[الاحكام التي لا يدخلها النقض]

[١٦٩] عدنا الى نقض قضائه ، واذا حكم في واقعة ، ان حكم
فيها^(٤٤) باجتهاده لخلوها عن نص ، أو لم يكن مجبما عليها ، لم ينقضها
باجتهاد ثان^(٤٥) يقارب ظنه الاول ويناقضه^(٤٦) .

[الاحكام التي يدخلها النقض]

[١٧٠] وانما ينقض حكمه الواقع على خلاف نص الكتاب أو
السنة المتواترة أو الاجماع أو القياس الجلي .

(٣٨) س : مع شاهده في مال ثبت . ق : في حق مالي يثبت .

(٣٩) ب والمطبوعة : فقد تم الآن الثبوت .

(٤٠) الزيادة من سائر النسخ .

(٤١) س ب ق ظ والمطبوعة : هو (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن

الاصل .

(٤٢) س : فيحلفه .

(٤٣) س : في اليمين في الدعوى وما اثبتناه عن الاصل وعن سائر النسخ

وعن الباب الثالث الذي سيأتي وعنوانه في الدعوى وفيه فصول .

(٤٤) العبارة (ان حكم فيها) سقطت من س ق ظ .

(٤٥) س : باجتهاد بان يقرب ...

(٤٦) ظ : فيناقضه .

[١٧١] وينقض قضاؤه المستند الى اجتهاده المخالف خبر الواحد^(٤٧)
الصريح الصحيح الذي لا يحتمل^(٤٨) الا تأويلا بعيداً ، ينبو الفهم عن
قبوله على الاصح •

وفيل لا ينقض •

[١٧١] مثاله :

قضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس بنفيه ، وفي المرايا ، وذكاة
الجنين والنكاح بلا ولي^(٩٥) •

وفيل : ان الاصح انه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي^(٩٥) •

[١٧٢] وينقض ايضا قضاؤه اذا حذم بشهادة الفاسقين على الاصح ،
ونذلك من قضى بصحة بيع امهات الاولاد نقضناه^(٩٦) على الاصح •

[١٧٣] قال اصحابنا :

(٤٧) ق ظ : خبر الواحد الصحيح •

(٤٨) ظ : لا يحتمل تأويلا •

(٤٩) في س تقديم وتأخير في العبارة كالاتي : وانكاح بلا ولي وينقض
ايضا قضاؤه اذا حكم بشهادة الفاسقين على الاصح ، وقيل ان
الاصح انه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي ، وينقض اذا حذم
بشهادة فاسقين على الاصح ، وكذا من قضى بصحة بيع امهات
الاولاد ينقضه على الاصح •

(٥٠) في ظ ق زيادة بعد قوله : (بلا ولي) هي قوله : (وصحة في
الروضة) وليست هذه الزيادة موجودة في الاصل ولا في س ب وقد
ثبتها محقق المطبوعة في المتن ، ولم يصح ذلك شريح الروياني في
روضته واكتفى بالقول : (وفي النكاح بغير ولي وشهود ونكاح المتعة
هل ينقض حكم الحاكم وجهان بناؤهما على الوجهين في وجوب الحد
لو حصل الدخول وذكر الاصطخري انه يحد وينقض الحكم) روضة
الحكام الورقة ٣٩ ب •

(٥١) ق ظ والمطبوعة : (نقض على الاصح) وفي س : ينقضه ، وما اثبتناه

عن الاصل وعن ب •

وينقض قضاء الحنفي في مسألة المثل (٥٢) ، ومعظم مسائل الحدود والغصب .

[١٧٤] وقال الشافعي رضي الله عنه : انقض قضاء من حكم لزوجته المفقود ان تنكح بعد تربص أربع سنين ، وان كان ذلك مذهب عمر رضي الله عنه .

[١٧٥] وكذلك ينقض قضاء الحنفي على أحد الوجهين في مسألة العبد المأذون له في التجارة اذا تعدى ما صرح له (٥٣) السيد بالاقصر عليه ، فان أبا حنيفة صار الى جواز تصرف العبد المأذون (٥٤) في التجارة في البر (٥٥) فقط ، فأجاز (٥٦) له التصرف بالتجارة وغيرها بقياس ضعيف رآه (٥٧) وهو قوله : ان هذا العبد لما تعلق المهددة به فيما اذن له فيه صار كسيده ، وله ان يفعل ما يريد كالسيد (٥٨) .

وهذا من أبعد الآقيسة وأقربها الى البطلان .

ونحن نقول : العبد لا يتصرف في مال (٥٩) سيده قبل اذنه الا

(٥٢) المثل ، وهو القتل بأداة ثقيلة .

(٥٣) س : صرح به وفي المطبوعة : صرح له به السيد . . بزيادة لفظة (به) وهو سهو .

(٥٤) س والمطبوعة : المأذون له في التجارة .

(٥٥) ق والمطبوعة : البر (بالزاي) .

(٥٦) في سائر النسخ وفي المطبوعة : (فأجاز تصرفه في غيره بقياس . . وما اثبتناه عن الاصل .

(٥٧) هـ : يراه ، ق : رواه ، وفي ب س والمطبوعة : بقياس ضعيف واه ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٥٨) انظر رأي الحنفية في هذه المسألة في فتح القدير : ٣٣٥/٧ ، ٣٥٩ .

(٥٩) س : في مال سيده الا باذنه .

بإذنه ، وهذا يوافقنا الخصم عليه^(٦٠) ، فنقول : من تصرف بإذن اقتصر على ما يؤذن له ، [وهذا^(٦١) قياس جلي ظاهر لامور قاطعة ، منها^(٦٢)] :
نفي الضرر عن السيد المالك لهذا العبد ، ولما يتصرف فيه^(٦٣) فأين المهددة وتعلقها من هذا ؟ إنما العاقد تتعلق به عهدة العقد الذي عقده^(٦٤) ،
يصير كالوكيل المتصرف [في تصرف خاص بإذن موكله]^(٦٥) .

[١٧٦] وقد قابلنا محمد بن الحسن بمثل ما صرنا إليه ، ووافقه جماعة من [٢٥/أ] متقدميهم ، قالوا :

ينقض^(٦٦) قضاء من قضى بالشاهد واليمين^(٦٧) ، هذا مع ما اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الأربعة بعده رضي الله عنهم بالشاهد واليمين^(٦٨) .

(٦٠) س ط : الخصم فيه .

(١) س : هذا .

(٦٢) س : فيها ، أما النسختان ق ، ط فقد سقطت الفقرات الآتية منهما وانتقل الكلام فيهما الى قوله : ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين الذي سيرد في نهاية هذا الفصل في الفقرة ١٧٧ .

(٦٣) الزيادة من س ب .

(٦٤) س : عنده .

(٦٥) الزيادة من س ب .

(٦٦) س : ينتقض .

(٦٧) انظر رأي محمد بن الحسن ومن وافقه من متقدمي الحنفية في كتاب شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد : ١٢٣/٣ ، الفقرة ٦٤٥ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ (تحت الطبع) الفقرة ٤١٠٠ .

(٦٨) قوله اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الأربعة بعده بالشاهد واليمين ، روى في ذلك أحاديث كثيرة منها

[١٧٧] ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين ، أو شاهد (٦٩) ويمين ،
ثم بان كونهما فاسقين ، نقض الحكم على أصح القولين .
[١٧٨] ولو بان كونهما عبيدين أو كافرين أو صبيين نقض
الحكم قطعا .

[١٧٩] ولا خلاف ان الشاهدين لو رجعا بعد الحكم بشهادتهما
عن الشهادة ، وصرحا بكذبهما ، لم ينقض الحكم برجوعهما ، وفائدة

ما رواه المحدثون عن ابن عباس وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد فانظر صحيح مسلم - كتاب
الاقضية ١٣٣٧/٣ رقم ١٧١٢ ، وصحيح مسلم بشرح النووي
٣/١٢ - ٤ ، ورواه أبو داود في كتاب الاقضية من سننه (سنن أبي
داود ٣/٣٠٨ رقم ٣٦٠٨) وابن ماجه في الاحكام (سنن ابن ماجه
٢/٧٩٣ رقم ٢٣٧٠) وابن الجارود في المنتقى (ص ٣٣٥ رقم
١٠٠٦) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/١٦٧) والدارقطني
٤/٢١٤ ، والشافعي (الام ٦/٢٧٣ ، مسند الشافعي ٦/١٥٦ ،
المختصر ٥/٢٥٠) والترمذي (سنن ٢/٣٩٩ رقم ١٣٥٨) وانظر
جامع الاصول ١٠/٥٥٥ رقم ٧٦٥٩ وما بعدها وموطأ مالك (في
صلب تنوير الحوالك) ١٠٨/٢ والمطالب العالية ٢/٢٥٢ رقم
٢١٤٠ وقد عده السيوطي متواترا لروايته عن أكثر من عشرة من
الصحابة (الازهار المتناثرة ٣٥ رقم ٩٣) ، وانظر نظم المتناثر في
الحديث المتواتر ١٠٩ ، وانظر بشأن هذا الحديث نصب الراية
٤/٩٦ - ١٠١ ، مجمع الزوائد ٤/٢٠٢ ، وقد عقد الماوردي في أدب
القاضي بابا في الاقضية واليمين مع الشاهد عرض فيه لكثير من
الاحاديث في هذا الشأن فانظر ح ٣ تحت الطبع الفقرة ٤٠٩٧ وما
بعدها وقد قمنا بتخريجها مفصلا .

(٦٩) ب والطبوعة : أو شاهد .

رجوعهما تفريمهما^(٧٠) على أحد القولين ما أخذ المشهود له بشهادتهما
للمشهود عليه •

[١٨٠] وفي هذا تفصيل وصور متنوعة محلها كتب المذهب فلا
تطويل^(٧١) بها هنا •

★ ★ ★

(٧٠) ق ط : (تفريم ما اخذ المشهود له بشهادتهما للمشهود عليه على
أحد القولين) ثم انتقل الكلام فيهما الى قوله : (فصل : اذا اختصم
رجلان في حق من الحقوق المالية فحكما رجلا ٠٠) وهكذا ينتقل
الكلام فيهما الى فصل التحكيم وهو الفصل الثامن •
(٧١) والمطبوعة : فلا تطول •

الفصل السابع^(١)

في ان حكم الاحكام لا يحيل الامور عما هي عليه عندنا

[١ - في الفروج والنسب]

[١٨١] وقال أبو حنيفة^(٢) : يحيلها^(٣) في^(٤) الفروج والنسب

دون الانفس والاموال .

[١٨٢] ومثاله^(٥) : ما اذا شهد شاهدان ، فقبل^(٦) القاضي

أقوالهما عنده ، على رجل انه طلق زوجته ثلاثا ، وفرق الحاكم بينهما^(٧)

بشهادتهما ، وهما عالمان بكذبهما ، فانه لا يجوز لواحد منهما ان يتزوج

بها مع علمه بالحال^(٨) . وقال أبو حنيفة : يجوز^(٩) .

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١/٩٢ - ١/٩٥ من نسخة ط ، وفي الصفحة

١٤٤ - ١٤٧ من نسخة ق بعنوان : فصول متفرقة من كتاب أدب

القضاء لابن أبي الدم قضاء القاضي لا يحيل الامور عما هي عليه

وقال أبو حنيفة ..

(٢) انظر رأي الامام أبي حنيفة وأصحابه في كتاب فتح القدير ٤٩٢/٥ ،

رد المحتار ٤٠٥/٥ ، روضة القضاء ٣٢٠/١ .

(٣) س : يحيلها .

(٤) ب : الى .

(٥) س : مثاله .

(٦) ب والمطبعة : (يقبل القاضي أقوالهما عنده) وقد سقطت هذه

الجملة من ق ط .

(٧) ق ط : وفرق الحاكم بشهادتهما بينهما .

(٨) ط : الحال .

(٩) انظر هذه المسألة ورأي الحنفية فيها في كتاب شرح أدب القاضي

للخصاف تأليف الحسام الشهيد ابن مازة ١٧٢/٣ رقم ٦٧٧ وما

بعدها .

[١٨٣] وكذلك^(١٠) لو ادعى رجل على امرأة^(١١) أنه تزوجها^(١٢) ، ولم يكن في نفس الامر تزوجها^(١٣) ، فشهد له شاهدان أنه تزوجها ، وحكم الحاكم بشهادتهما حلت له عنده ظاهرا وباطنا ، وعندنا لا تحل له أصلا^(١٤) .

[١٨٤] ولو شهد شاهدا زور لرجل أن هذه المرأة ابنته^(١٥) ، ثبت نسبها منه ظاهرا وباطنا ، وصار محرما لها ، وورثها^(١٦) .

[١٨٥] ووافقنا على أنه إذا^(١٧) ادعى على حرة أنها أمته ، وشهد له بذلك شاهدا زور ، وحكم له الحاكم بها ، ليس له وطؤها .

وكذلك لو طلق زوجته ثلاثا ، ثم ادعى أنه زوجته ، وشهد له شاهدا زور بذلك ، وقضى^(١٨) القاضي بالزوجة لا يحل له وطؤها ، لا^(١٩) خلاف بيننا وبينه في ذلك . وكذلك في الاموال والقصاص لا تحل له بالحكم^(٢٠) بها بشهادة الزور .

[٢ - القضاة في المجتبهات]

-
- (١٠) ق : وكذا .
 - (١١) ظ : امرأته .
 - (١٢) س : زوجها .
 - (١٣) س : زوجها .
 - (١٤) س : لا تحل أصلا .
 - (١٥) ظ ق : ابنة له .
 - (١٦) س والمطبوعة : ووارثها ، وما أثبتناه عن الاصل وعن ب ق ظ .
 - (١٧) في الاصل : على ما اذا ، وما أثبتناه عن سائر النسخ .
 - (١٨) ق ظ : وقضى له القاضي .
 - (١٩) في الاصل : بلا خلاف وما أثبتناه عن سائر النسخ .
 - (٢٠) س : لا يحل ما يحكم بها شهادة (كذا) .

[١٨٦] اما قضاء القاضي في المجتهديات بما غلب على ظنه ، وأدى إليه اجتهاده فذهب^(٢١) المتقدمون من أصحابنا ، وجماهير الفقهاء الى انه ينفذ ظاهرا وباطنا ، ويصير المقضي هو حكم الله تعالى باطنا وظاهرا .

وذلك مثل قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للمجار ، والمقضي له شافعي^(٢٢) ، [٢٥/ب] فينفذ هذا ظاهرا^(٢٣) وباطنا ، ويحل للشافعي^(٢٤) الاخذ بهذه الشفعة .

وذهب الاستاذ أبو اسحاق الاسفرايني^(٢٥) من أصحابنا الى انه لا ينفذ في الباطن ، لأن الحق عند الله تعالى لا يتغير بقضاء القاضي^(٢٦) . وقال بعض أصحابنا :

-
- (٢١) في المطبوعة وسائر النسخ : ذهب ، وما اثبتناه عن الاصل .
- (٢٢) س ب والمطبوعة : شفيعي .
- (٢٣) ب : ينفذ ظاهرا ، س والمطبوعة : فينفذ ظاهرا ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ق ط .
- (٢٤) ب والمطبوعة : للشفيعي .
- (٢٥) أبو اسحاق الاسفرايني : هو الفقيه الشافعي ابراهيم بن محمد بن ابراهيم بن مهران الامام في الكلام والاصول والفقه ، وأحد العلماء الذين بلغوا حد الاجتهاد ، لتبحره في العلوم ، واستجماعه شروطه ، مبالغا في الورع ، ارتحل في طلب العلم ، ثم دخل بغداد فاقام بها حتى اذا بلغ منزلة من العلم انصرف الى نيسابور ودرس في المدرسة التي بنيت له فيها ، اقر له العلماء بالعراق وخراسان بالتقدم والفضل ، له تصانيف فائقة منها كتاب الجامع في اصول الدين والرد على الملحدين ، توفي في نيسابور ٤١٨ هـ انظر تهذيب الاسماء واللغات ١٦٩/٢ - ١٧٠ رقم ٢٧١ ، طبقات الشافعية الكبرى ٢٥٦/٤ رقم ٣٥٧ ، الانساب ٣٣/ب ، تبين كذب المفترى ٢٤٣ ، وفيات الاعيان ٢٨/١ رقم ٤ .

(٢٦) رأي الاستاذ أبي اسحاق الاسفرايني تجده في تهذيب الاسماء واللغات نقله النووي ذاكرا ان ابا اسحاق الاسفرايني كان يقول : القول

ان كان المحكوم له عالما بالادلة^(٢٧) لم ينفذ القضاء في حقه باطنا
[ولا يحل له أخذه بشفعة الجوار ، وان كان عاميا نفذ في حقه باطنا]^(٢٨)
وكان له الاخذ بها^(٢٩) .

اما المقضي عليه اذا كان شافعيًا ، والقاضي حنفي^(٣٠) ، والمقضي له
بشفعة الجوار حنفي أيضًا ، فحق على المقضي عليه ان^(٣١) يدعن
لقضائه ، والله تعالى اعلم بالحق^(٣٢) ممن ثبت الشفعة أو ينفقها .

[اصل الخلاف هل كل مجتهد مصيب ؟]

[١٨٧] اصل الخلاف في هذه المسألة ينبنى على ان المجتهد المصيب
واحد ، أو ان كل مجتهد مصيب .

فمن قال : كل مجتهد مصيب ، كان الحق على مذهبه في جهات
متعددة ، فينفذ حكم الحاكم^(٣٣) في المجتهدين ظاهرا وباطنا .

ومن قال : ان المصيب واحد ، فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها
الله تعالى ، فلا ينفذ ظاهرا وباطنا ، بل ظاهرا فقط .

-
- بان كل مجتهد مصيب اوله سفسطة وآخره زندقة ، ولا يصح قول
من قال انه قول الشافعي (تهذيب الاسماء واللغات ١٧٠/٢/١) .
- (٧٢) ب س والطبوعة : بالدليل .
- (٢٨) الزيادة من سائر النسخ .
- (٢٩) في ق ط زيادة بعد هذا وهي قوله : وينبغي تخصيص هذا بالعالم
المجتهد دون غيره .
- (٣٠) ق ط : حنفيا .
- (٣١) ط : ان لا يدعن .
- (٣٢) في الاصل : بالاستحق ، وما اثبتناه عن سائر النسخ .
- (٣٣) س : حكم القاضي . ق : حكم الحق .

[١٨٨] واعلم ان هذه قاعدة أصولية تبني^(٣٤) عليها فروع المذهب^(٣٥) في المجتهدين والاصول^(٣٦) ، لا^(٣٧) تقليد فيها ، وانما مذهب الشافعي رضي الله عنه فيها^(٣٨) مختلف^(٣٩) فيه ، بناء على اختلاف الرواية •

قال القاضي أبو الطيب الطبري :

مذهبنا : ان الحق في واحد من أقاويل المجتهدين ، وليس كل مجتهد مصيبا ، وقد نصب الله تعالى دليلا على الحق ، فمن أصابه فقد أصاب الحق ، وله اجران ، ومن اجتهد فخطأ فقد أخطأ الحق [وتعدى فيه]^(٤٠) وله اجر على اجتهداه •

قال :

ومن أصحابنا من قال^(٤١) : مذهب الشافعي ان الحق [في]^(٤٢) واحدا من أقاويل المجتهدين ، غير انهم لم يكلفوا اصابة الحق ، وانما كلفوا الاجتهاد ، فمن اجتهد ، فأدى اجتهاده الى حكم ، فقد أدى ما كلف^(٤٣) ، سواء أصاب الحق أو أخطأ •

(٣٤) س : تبني •

(٣٥) س والمطبوعة : المذاهب •

(٣٦) ق : والاحوال •

(٣٧) س : ولا •

(٣٨) سقطت لفظة (فيها) من ب س والمطبوعة •

(٣٩) ق ظ : مختلف بناء (بسقوط لفظة : فيه) •

(٤٠) الزيادة من سائر النسخ •

(٤١) س : من قال ان الحق •

(٤٢) الزيادة من سائر النسخ •

(٤٣) س : ما كلف به (بزيادة لفظة : به) وهو اختيار محقق المطبوعة •

هذا كلامه •

وقال القاضي حسين :

مذهب الشافعي المختار : ان كل مجتهد مصيب ، الا ان احدهم مصيب (٤٤) للحق (*) عند الله تعالى ، والباقون أصابوا الحق عند انفسهم •
وقال الماوردي (٤٥) :

الظاهر من مذهب الشافعي ان على المجتهد ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند الله تعالى ، لأن الحق ما كان حقا عند الله تعالى لا عند غيره ، ويشبه ان يكون مذهب المزني ان عليه [٢٦/أ] ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه لا ما عند الله تعالى ، لأن ما عند الله تعالى لا يعلم الا بالنصوص •

قال : (٤٦)

ومذهب الشافعي ان الاختلاف الواقع بين المجتهدين في الاحكام الشرعية الحق في احدها ، وان لم يتعين لنا ، وهو عند الله

(٤٤) ق : يصيب •

(*) س ق ط : الحق •

(٤٥) انظر كلام الماوردي في أدب القاضي ٥٢١/١ وما بعدها الفقرة ١٢٠٠ وما بعدها ، وقد حصل في نسخة ط تشويش في نقل اللفظ فقال : وقال الماوردي الظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله ان على المجتهد ان يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه لا ما عند الله تعالى ، لأن ما عند الله تعالى لا يعلم الا بالنصوص • وفي العبارة نقص كما ترى ، وقد سقطت هذه الفقرة من نسخة ق وانتقل الكلام فيها الى قوله : ومن المسائل الفروعية •••

(٤٦) أي الماوردي ، فانظر كلامه في أدب القاضي ٥٢٦/١ وما بعدها الفقرة ١٢٢٠ وما بعدها •

تعالى متعين ، ثم مذهبه أيضا ، وهو ما ظهر^(٤٧) في أكثر كتبه ان المصيب منهم واحد وان لم يتعين ، وجميعهم مخطئون الا ذلك الواحد ، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله تعالى وأصاب في الحكم ، ومن أخطأ فقد أخطأ عند الله تعالى وأخطأ في الحكم^(٤٨) .

وروى عن الشافعي انه قال :

كل مجتهد مصيب •

رواه عنه بعض أصحابه^(٤٩) .

[مسائل من القضاء في المجتهدين]

١٨٩ [ومن المسائل الفروعية] في القضاء^(٥٠) في المجتهدين ما لو

(٤٧) ب : ثم مذهبه في أكثر كتبه • س : ثم مذهبه أيضا وما يوجد في أكثر كتبه ، وما أثبتناه عن الاصل ، وفي أدب القاضي للماوردي : فمذهب الشافعي وما ظهر منه في أكثر كتبه • ٥٠ (٥٢٦/١) الفقرة ١٢٢٠ .

(٤٨) قول الشافعي في مسألة التخطئة والتصويب للمجتهدين تجده في كتاب الام ٢٠٥/٦ ، ٢٧٤/٧ - ٢٧٥ ، والرسالة ٤٩٤ ، أدب القاضي للماوردي ٥٢٦/١ الفقرة ١٢٢٠ المنحول ٤٥٣ ، المستصفي ٣٦٣/٢ ، فواتح الرحموت ٣٨٠/٢ .

(٤٩) قوله : وروى عن الشافعي انه قال كل مجتهد مصيب • • رواه عنه بعض أصحابه ، قلت انظر ذلك في اللع لابن اسحاق الشيرازي ٧٦ الاحكام للأمدى ٢٧٤/٤ ، المعتمد ٩٤٩/٢ ، ارشاد الفحول ٢٦١ .

(٥٠) الزيادة من س ق ، وفي ظ : ومن المسائل الفروعية في القضاء ما لو خلل (بسقوط لفظة : في المجتهدين) .

خلل حنفي خمرا فأتلفها شافعي^(٥١) قترافعا^(٥٢) الى حاكم حنفي ، وأثبت المدعي بالينة اتلافه لها بعد تخلصها ، فقضى بوجوب الضمان عليه لزمه^(٥٣) ذلك قولاً واحداً بحكم الحاكم ، حتى لو لم يكن للمدعي بينة ، فحلف المدعي عليه انه لا يلزمه شيء كان كاذباً في يمينه حائثاً ، لأن الاعتبار باعتقاد القاضي دون اعتقاده .

[١٩٠] ولو طلق الرجل زوجته بلفظ الينونة ، ثم راجعها في المدة ، فامتنعت من تمكينه حتى انقضت عدتها ونكحت زوجاً آخر ، وترافع الزوجان الاول والثاني الى الحاكم وتداعيا^(٥٤) فان كان القاضي شأنياً^(٥٥) ، وقضى بصحة الرجعة ، وفساد النكاح الثاني ، نفذ قضاؤه وحلت للاول ظاهراً^(٥٦) وباطناً ، وحرمت على الثاني باطناً وظاهراً^(٥٧) .

وان كان القاضي حنفياً ، وقضى بسقوط الرجعة وصحة نكاح^(٥٨) الثاني ، حرمت على الاول باطناً وظاهراً ، وحلت للثاني باطناً وظاهراً^(٥٩) .

(٥١) ب والمطبوعة : شفيعي .

(٥٢) س : وترافعا .

(٥٣) ق ظ : يلزمه .

(٥٤) ط : وتداعيا .

(٥٥) ب والمطبوعة : شفيعيا .

(٥٦) ب والمطبوعة : باطناً وظاهراً .

(٥٧) العبارة (وحرمت على الثاني باطناً وظاهراً) سقطت من س .

(٥٨) ب والمطبوعة : النكاح الثاني .

(٥٩) العبارة (وان كان القاضي حنفياً وقضى بسقوط . .) الى نهايتها

عنا سقطت من ق ظ .

[١٩١] اما اذا باع جارية من رجل ، فوجد المشتري الشراء ، وحلف ، وقضى القاضي بها للبائع ، قال الشافعي : ينبغي للقاضي ان يقول للمجاهد : ان كنت اشتريتها منه [فاستقله ويقول للبائع : ان كنت بعته منه] ^(٦٠) فاقله ، لتحل للبائع باطنا [وظاهرا] ^(٦١) . فان لم يفعل ، أو فعل واحد دون الآخر ، قال الشيخ أبو علي : ذكر الشافعي فيه ثلاثة أقوال : فقال : قد قيل لا يحل للبائع وطؤها قياسا على الطلاق ، والثاني : انه اذا جحد وحلف ، فقد رد البيع برضاه ، وقطع الملك ، فللبائع ان يسترجع ^(٦٢) [٢٦/ب] ان شاء ، ويقبل الرد ، ليحل له الرد . والثالث : انه اذا جحد ، وحلف ، تعذر على البائع أخذ الثمن منه ، فيرجع في عين ما باعه ، ويفسخ العقد فيه ، كمن افلس بالثمن ، كان للبائع الرجوع في عين ماله .

وقال الماوردي : فيه ثلاثة اوجه :

احدها : انها ^(٦٣) تعود الى البائع ملكا للمشتري لبيعها فيما يستحقه من ثمنها عليه ، ولا يحل له وطؤها ، وما يزيد من ثمنها يلزمه رده على المشتري ، وما نقص ^(٦٤) يبقى له في ذمته .

والوجه الثاني : ان الجحود يعجرى مجرى الاقالة ، فان أراد البائع اعادتها الى ملكه اظهر الاقالة ، وحكم له بعد اظهارها ، وان لم يرد

(٦٠) الزيادة من سائر النسخ .

(٦١) الزيادة من ب فقط .

(٦٢) س : يرجع ان شاء وقبل الرد .

(٦٣) لفظة (انها) سقطت من سائر النسخ ومن المطبوعة وجاءت فيها

العبارة : احدها يعود وما اثبتناه عن الاصل .

(٦٤) ق ط : وما نقص منه يبقى في .

اعادتها^(٦٥) الى ملكه لم تحل له ، وكانت في يده ليستوفي بيعها ما له من ثمنها ، وفي جواز انفراده ببيعها وجهان •

والثالث : ان الجحود يجرى مجرى الفس ، لتعذر الوصول الى الثمن ، فان اراد ان يملكها ، قال : قد اخترت عين مالي ، وفي جواز انفراد^(٦٦) بهذا القول من غير حاكم وجهان ، ثم هي حلال له ، وان لم يرد ان يملكها كانت^(٦٧) في يده للمشتري^(٦٨) ، ليستوفي^(٦٩) ثمنها من بيعها •

[١٩٢] وقال القاضي أبو الطيب •

اذا تحالف المتبايعان عند الاختلاف ، ان قلنا : لا^(٧٠) يفسخ بنفس التحالف ، بل بحكم الحاكم ، هل ينفذ ظاهرا وباطنا [ام ظاهرا]^(٧١) فقط ؟ فيه وجهان •

وقال الامام :

اذا فوضنا الفسخ الى القاضي^(٧٢) ، فالمذهب الظاهر ان الفسخ^(٧٣)

(٦٥) س : اعادتها لجهة الاقالة وحكم له بعد اظهارها ، والثاني ••
(كذا وفيه نقص ظاهر) •

(٦٦) س : تفرد •

(٦٧) ب : كانت يده (بسقوط لفظة : في) •

(٦٨) ط : يد المشتري •

(٦٩) ب : يستوفي •

(٧٠) لفظة (لا) سقطت من ب •

(٧١) الزيادة من سائر الاصول •

(٧٢) ب س والمطبوعة : الى الحاكم ، وقد سقطت من ق ط •

(٧٣) العبارة : (الى القاضي فالمذهب الظاهر ان الفسخ) سقطت من

ق ط •

يقع باطنا ، لينتفع به المحق المذدور ، وان جوزنا الفسخ للمتأقدين ، فان تطابقا عليه انفسخ باطنا كالمقابلة ، وان فسخ الصادق منهما انفسخ باطنا أيضا^(٧٤) . وان فسخ الكاذب ، لم ينفسخ في الباطن ، ولكن طريق الصادق انشاء الفسخ ان اراده .

[١٩٣] وهل^(٧٥) يجوز وطء الجارية للمشتري بعد التنازع^(٧٦) ، وقبل التحالف ؟ فيه وجهان ، وبعد التحالف وقبل التنازع ؟ وجهان مرتبان ، لاشرافه على الزوال ، والاقيس الجواز ، استمرارا للملك^(٧٧) .

[١٩٤] وقال الماوردي في اختلاف المتبايعين :

مهما^(٧٨) انفسخ البيع في التحالف ، هل ينفسخ ظاهرا وباطنا ؟ أو ظاهرا^(٧٩) دون الباطن ؟ فيه ثلاثة اوجه .

احدها : ينفسخ البيع^(٨٠) [٢٧/أ] ظاهرا وباطنا ، سواء كان البائع ظالما أو مظلوما كاللعان .

والثاني : ينفسخ ظاهرا لا باطنا^(٨١) [سواء كان البائع ظالما أو

(٧٤) ب والمطبوعة : انفسخ أيضا باطنا .

(٧٥) ب ط ق والمطبوعة : ثم هل .

(٧٦) س : وهل يجوز للبائع وطء الجارية أو للمشتري (وهو سهو) .

(٧٧) س : لاستمرار الملك ، وفي ط : استمراراً للملك اليد ، وفي ق :

لاستمرار ملك اليد .

(٧٨) س : مهما اختلف المتبايعان وتحالفا هل ينفسخ ظاهرا أو باطنا .

(٧٩) ب والمطبوعة : أو في الظاهر دون الباطن .

(٨٠) ب والمطبوعة : ينفسخ ظاهرا وباطنا (بسقوط لفظة : البيع) .

(٨١) ب س والمطبوعة : ينفسخ ظاهرا دون الباطن .

مظلوما [٨٢) .

والثالث : ان كان البائع مظلوما انفسخ ظاهرا وباطنا ، وان كان ظلما
لم ينفسخ الا ظاهرا .
وهكذا ذكره (٨٣) الشيخان أبو نصر وأبو اسحاق (٨٤) .

★ ★ ★

-
- (٨٢) الزيادة من سائر النسخ .
(٨٣) س : لم ينفسخ الا ظاهرا ذكره الشيخان . ق ظ : وهكذا ذكره
الشيخ أبو نصر .
(٨٤) انظر المذهب ١/ ٣٠٠ - ٣٠١ ، وقد جاء في ظ ق بعد هذا الكلام
مباشرة قوله : فصل آخر : الحاكم مأمور بالعدل والانصاف بين
المتحاكين . وهو الفصل الاول من الباب الثاني وقد مر .

الفصل الثامن^(١)

في التحكيم^(٢)

[جواز التحكيم ونفاذه]

[١٩٥] اذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية ، فحكما^(٣) رجلا ، هل ينفذ حكمه ؟

فيه قولان :

- وفي النكاح قولان مرتبان عليه^(٤) .
- وفي العقوبات قولان مرتبان عليه .
- ولا يخفى على الفقيه وجه الترتيب .

[١٩٦] واختلف الاصحاب في محل القولين :

فمنهم من قال : ان كان في البلد قاض لم يجز التحكيم قولا واحدا ،
وانما القولان فيما اذا لم يكن هناك قاض^(٥) .

(١) وقع هذا الفصل في الورقة ١٠٤/١ من نسخة ط والصفحة ١٥٧ من نسخة ق .

(٢) بشأن التحكيم انظر أدب القاضي للماوردي ٣٧٩/٢ الفقرة ٣٥٩٦ وما بعدها . نهاية المحتاج ٢٣٠/٨ ، مغني المحتاج ٣٧٨/٤ اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى (في الام) ١٠٣/٧ ، تفسير القرطبي ١٧٤٦/٣ ، المغني لابن قدامة ١٦٨/٨ ، الشرح الكبير ١٧١/٨ ، غاية المنتهى ٤٣٥/٣ ، شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٥٧/٤ ، روضة الطالبين ١٢١/١١ ، روضة الحكام للرويانى الورقة ١/٦ .

(٣) س : وحكما .

(٤) ق ط : وفي النكاح قولان مرتبان ، واولى بالمنع ، وفي العقوبات قولان مرتبان واولى بالمنع من النكاح والاطهر في النكاح الجواز بخلاف العقوبات ، واختلف الاصحاب في محل القولين .

(٥) العبارة المبتدئة بقوله (ان كان في البلد قاض . .) المنتهية هنا سقطت من س .

[ومنهم من قال : ان لم يكن في البلد قاض ، جاز التحكيم قولا واحدا ، وانما القولان فيما اذا كان هناك قاض] (٦) •

ومنهم من قال : القولان في الجميع (٧) من غير فصل •

[لزوم الحكم في التحكيم]

[١٩٧] ثم مهما حكم (٨) عليهما وبينهما ، وفصل القضية بطريقها ، فهل يلزم حكمه بنفسه ؟ أم لابد من تراضيهما بعد الحكم ؟

فيه قولان (٩) ، ذكرهما الجماعة ، ووجهان ذكرهما الامام ، أصحهما انه يلزم (١٠) بنفسه ، كالحاكم ، فعلى هذا لو رفع حكمه الى حاكم اجراء على وفق الشرع كغيره من القضاة •

والثاني وهو اختيار المزني ، انه لا يلزم حكمه ما لم يتراضيا بعد الحكم ، لضعفه (١١) •

ومهما رضيا (١٢) ، ثم رجع احدهما قبل ان يحكم لم ينفذ حكمه وفاقا ، وانما الخلاف فيه اذا استمر على الرضا حتى حكم ، ولم يجددا رضا •

(٦) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن ق ط •

(٧) ب : الجمع •

(٨) ط ق : واذا حكم بينهما •

(٩) ط ق : فيه قولان اصحهما يلزم بنفسه كالحاكم فعلى هذا •

(١٠) س : يلزمه •

(١١) ط : بضعفه •

(١٢) ط : ومهما رضيا به (وهو ما اثبته محقق المطبوعة فيها) وليست

هذه الزيادة في الاصل ولا في غيره من النسخ •

هذا هو المذهب ، وفيه وجه بعيد انهما اذا رضى اولا ، فلما خاض (١٣)
رجع احدهما ، لم يؤثر رجوعه ، ونفذ الحكم ، وهذا الوجه حكاه الامام
واستبعده (١٤) ، وحكاه الماوردي عن أبي سعيد الاصطخري ولم
يستبعده (١٥) .

ولو رضى ، ثم رجع احدهما قبل ان ينشئ الخوض ، فلا وجه الا
ابطال الحكم ، وفيه شيء .

[هل للمحكم ان يجبس المقر أو يوقع العقوبة عليه ؟]

[١٩٨] وهل للمحكم ان يجبس من أقرّ عنده منهما ؟
فيه خلاف .

والمذهب انه لا يجبس ، بل ليس له الا الاثبات .

[١٩٩] ولا خلاف انه ممنوع من استيفاء العقوبات ان جاوزنا
التحكيم فيها ، لانها تخزم (١٦) ابهة الولاية العامة (١٧) .
[شروط المحكم] .

-
- (١٣) س : فاما حكم ، وفي ق ط : هذا هو المذهب انه لا يؤثر رجوعهما
بعد الخوض في الحكم ، واذا وجب الحق على واحد فالمذهب انه
ليس للمحكم الجبس ولا خلاف انه ممنوع من استيفاء العقوبات .
(١٤) العبارة : (وهذا الوجه حكاه الامام واستبعده) سقطت من س .
(١٥) قوله (وحكاه الماوردي عن أبي سعيد الاصطخري ولم يستبعده)
هذه العبارة سقطت من ب س ق ط ومن المطبوعة ، وقد انفردت
بها نسخة الاصل المعتمد فقط ، وانظر حكاية الماوردي لهذا الرأي
عن أبي سعيد في أدب القاضي ٣٨٣/٢ الفقرة ٣٦١٦ .
(١٦) في المطبوعة : تحرم (بالحاء المهملة) وهو تصحيف مطبعي .
(١٧) العبارة (لانها تخزم ابهة الولاية العامة) ليست في ق ط .

[٢٠٠] ويشترط^(١٨) في المحكم ان يكون حراً ، بالغاً ، عاقلاً ،
 عدلاً ، مقبول الفتوى ، عالماً بالشريعة .
 والضابط فيه ان يكون على صفة يجوز للامام ان يوليه القضاء
 مطلقاً .

[حكم المحكم لولده او لوالده]

[وحكمه على عدوه]

[٢٠١] ولو^(١٩) تحاكم اليه بالتحكيم ولده ، وأجنبي ، فحكم
 لولده^(٢٠) أو لوالده على الاجنبي ، ففي جوازه وجهان [٢٧/ب] حكاها
 الماوردي^(٢١) .

احدهما : لا يجوز ، كالقاضي المطلق .

والثاني : بلى^(٢٢) ، لأن ذلك وقع عن رضا منهما .

[٢٠٢] وهكذا لو حكم على عدوه ، والمسألة بحالها ، فيه
 وجهان^(٢٣) أيضا .

(١٨) س : ثم يشترط . . . وقد سقطت هذه الفقرة من ط ق .

(١٩) ق ط : ولو تحاكم اليه ولده وأجنبي .

(٢٠) س : فحكم لولده ، أو لاجنبي على ولده ، ق ط : فهل له الحكم

لولده على الاجنبي ؟ وجهان حكاها الماوردي .

(٢١) انظر ذلك في أدب القاضي للماوردي ٣٨٥/٢ رقم الفقرة ٣٦٢٦

وما بعد ذلك .

(٢٢) ط ق : والثاني يجوز وكذا في أدب القاضي للماوردي ٣٨٦/٢ .

(٢٣) ط ق : وهكذا لو حكم على عدوه فيه الوجهان ، ثم اعلم ان الحكم

بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى الى ثالث . . . (بحذف جملة

من الكلام) .

[اشهاد المحكم على حكمه]

[٢٠٣] ومتى حكم المحكم على المتحاكمين عنده ، أو على احدهما في الموضع الجائر ، ور ضيا به ، فينبغي ان يشهد على نفسه في المجلس الذي حكم بينهما فيه قبل تفرقهم ، لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل ، كما لا يقبل قول الحاكم المطلق بعد الغزل •

[اقتصار حكم المحكم على المتحاكمين فقط]

[٢٠٤] ثم اعلم ان الحكم^(٢٠٤) بين المتحاكمين في التحكيم لا يتعدى الى ثالث غير المتحاكمين الا في مسألة العاقلة ، وهو ما اذا تحاكم اليه اثنان في قتل الخطأ ، وقامت اليينة على ذلك ، ففي وجوب الدية على العاقلة وجهان :

احدهما : لا تجب ، [(٢٥) لعدم رضاها بحكمه •

والثاني : بلى ، لأن الرضا حصل (٢٦) من القاتل •

[٢٠٥] وهذا الخلاف مبني على ان الدية تجب أولا (٢٧) على

القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه ، أو تجب على العاقلة ابتداء •

فان قلنا تجب أولا (٢٨) على القاتل ، وجبت هنا على العاقلة •

(٢٤) س : الحاكم •

(٢٥) الزيادة من نسخة س ، وقد سقطت من الاصل ومن سائر النسخ ،

وعبارة (لا تجب لعدم رضاها) سقطت من نسخة ب •

(٢٦) س : جمل •

(٢٧) ب س والمطبوعة وكذا في ظ ق : تجب ابتداء ، وما اثبتناه عن

الاصل •

(٢٨) العبارة (على القاتل وجبت هنا على العاقلة وان قلنا تجب

أولا) سقطت من س ب واثباتها عن الاصل وعن ق ظ •

وان قلنا تجب أولا على العاقلة ، فلا تجب ، لعدم رضاهم
بها (٢٩) .

[٢٠٦] وهذه المسألة وان كانت قليلة الوقوع ، لكن ائمتنا ذكروها ،
وذكروا ما فيها من المسائل ، واقتفينا نحن أثرهم ، وبصناهم في ذكرها .

★ ★ ★

(٢٩) انتقلت النسختان ق ، ظ من هذه العبارة مباشرة الى موضوع
صفات القاضي ، وهو الفصل الثاني من هذا الباب

الفصل التاسع

في حكم الحاكم بعد عزله^(١) وحكم نوابه^(٢)

وسماع شهادته على فعل نفسه

[حكم الحاكم بعد عزله]

[٢٠٧] اعلم^(٣) ان الحاكم في دوام ولايته مقبول القول من غير
بينة تشهد بما يقوله فاذا قال ، وهو حاكم : قضيت لفلان على فلان
بكذا^(٤) ، قبل قوله بالاجماع عندنا وعند الخصم ، وان منعنا القضاء بالعلم
على قول .

وسببه انه اهل لانشاء القضاء الآن ، فكان اهلا للاخبار به .

[٢٠٧] وشرط هذا ان يتلفظ به في عمله .

(١) بشأن هذا الموضوع انظر ادب القاضي للماوردي ٤٠٠/٢ رقم
الفقرة ٣٧٠١ وما بعدها ، المهذب ٣٠٦/٢ ، نهاية المحتاج ٢٣٥/٨ ،
مغني المحتاج ٣٨٤/٢ ، روضة الحكام لشريح الروياني الورقة
١/٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٤١/٥ ، الروضة للنووي
١٢٨/١١ ، ادب القاضي لابن القاص الورقة ١/٢٧ .

(٢) ب : وحكم توليه .

(٣) س : اعلم ان قول الحاكم .

(٤) س ب والمطبوعة : قضيت لفلان بكذا على فلان ، وما اثبتناه عن
الاصل .

نلوا خرج من عمله الى (٥) عمل آخر ليس حاكما فيه ، فقال : كنت حكمت في عملي بكذا ، لم يقبل منه حتى يرجع الى عمله ، فيقوله فيه .

[حكم نوابه اذا انزل]

[٢٠٨] فاذا عزل الحاكم بسبب شرعي انزل كل من فوض اليه امرا معينا ، كسماع شهادة معينة من الشاهد بها ، أو عقد نكاح معين ، أو بيع معين ، أو غير ذلك ، مما هو معين مخصوص .

[٢٠٩] واما (٦) خليفته [٢٨/أ] بالمدينة في القضاء العام ، ونوابه في القضاء في القرى (٧) ، والقيم على الاطفال ، ففي انزالهم بعزله ثلاثة اوجه . الاصح هو الثالث ، وهو انه ان استخلفهم باذن الامام لم ينزلوا ، وان استقل بالاستخلاف وجوزناه انزلوا ، لأنهم نوابه .

[سماع شهادته على فعل نفسه]

[٢١٠] ثم مهما عزل القاضي فقال : اشهد اني قضيت بكذا ، لم يقبل على أصح الوجهين .

وقال الاصطخري : يقبل كشهادة المرضعة اذا قالت : اشهد اني ارضعته ، تقبل (٨) على المذهب ، والفرق واضح (٩) .

(٥) ب س والمطبوعة : الى بلد آخر ، وما اثبتناه عن الاصل وهو يؤدي نفس المعنى .

(٦) س ب والمطبوعة : اما ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٧) س ب والمطبوعة : بالقرى ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٨) في المطبوعة : يقبل ، وهو سهو .

(٩) والفرق ان في شهادة القاضي المعزول على حكمه اثباتا لعدالته وتركية لنفسه فتلحقه تهمة والفعل في الغالب فعله ، وفي شهادة الرضاع لا تثبت عدالة نفسها اذ يصح الرضاع من غير العدل

[٢١١] فإن قلنا : لا يقبل ، فلو قال بعد عزله : اشهد انه قضى لفلان
بكذا قاض عدل ، ففي قبول هذه الشهادة [والحالة هذه] (١٠) وجهان
ذكرهما العراقيون وتقلهما (١١) المراززة عنهم .

قال الامام :

ظاهر المذهب قبول ذلك • ووجه المنع ان الظاهر انه يعني نفسه •
هذا ما ذكره الامام والقاضي أبو الطيب (١٢) وغيرهما •
ونقل الغزالي ذلك وغلط فيه (١٣) فقال :

إذا قال : اشهد اني قضيت ، لم يقبل ، وان قال : اشهد ان قاضيا
قضى فيه وجهان :

احدهما : يقبل كما تقبل شهادة المرضعة •

فقوله : احدهما يقبل كشهادة المرضعة غلط ظاهر ، فان المرضعة
لا يشترط في قبول شهادتها قولها : اشهد ان امرأة ارضعت هذا الصبي
[حتى] (١٤) تساوي المسألتان ، بل صورة شهادة المرضعة ان تقول :
اشهد اني ارضعته ، أو أشهد انه ارتضع مني ، على خلاف سيأتي ان

والفعل من فعل الصبي انظر المذهب ٣٠٩/٢ ، مغني المحتاج
٣٨٤/٤ ، نهاية المحتاج ٢٣٥/٨ ، أدب القاضي للماوردي ٤١٢/٢
الفقرة ٣٧٧٥ وتجد فيه رأي أبي سعيد الاصطخري •

(١٠) الزيادة من س ب •

(١١) س : وذكرهما •

(١٢) س : أبو الطيب الطبري (وهو ما في المطبوعة) •

(١٣) س ب والمطبوعة : ونقل الغزالي ذلك وعكس فيه الترتيب مع غلظه
فقال ••• وما اثبتناه عن الاصل •

(١٤) الزيادة من س ب •

شاء الله تعالى^(١٥) ، في تقديم الاضافة الى نفسها أو تأخيرها^(١٦) ، مع الاتفاق على انها تصرح في شهادتها بانها المرضعة وتقبل قولاً واحداً ، فوزانه^(١٧) في مسألة القاضي ان يقول : اشهد اني قضيت ، فظهر ان ما ذكره الامام والائمة صحيح ، وما ذكره الغزالي زلل .

[٢١٢] نعم ، وهنا بحث في مسألة ، في النفس منها شيء ، ولم^(١٨) أجدها مسطورة ، وانما استخرجها القلب^(١٩) ، وهو ان اذا جملنا القاضي المعزول شاهداً في كلتا الصورتين ، وهما اذا أضاف القضاء الى نفسه واذا اطلق ، فاذا قال : اشهد اني قضيت لفلان بكذا ، وقبلنا ذلك ، فهو شهادة لا شك فيها^(٢٠) ، وليس بحكم منه الآن ، وانما^(٢١) هو شهادة على فعل نفسه يقيمها عند حاكم [ب/٢٨] متول الآن ، حصل لديه التداعي بين المتحاكمين ، فلا^(٢٢) بد من شاهد آخر غيره ، يشهد معه ، فصيفة شهادة الآخر ان يقول : اشهد ان هذا القاضي قضى في زمن ولايته ، ومحل حكمه ، لفلان بكذا ، فيثبت حينئذ الحكم بالحق المشهود بالحكم به .

اما اذا قال : اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل ، وحضر شاهد آخر يشهد بذلك فصيفة شهادته أيضا ان يقول :

(١٥) سيأتي ذلك في الفقرة ٥٩٨ .

(١٦) ب : أو تأخيره .

(١٧) في المطبوعة : فوزانه (بتقديم الالف على الزاي) وهو خطأ مطبعي .

(١٨) س : ولم ارها .

(١٩) س ب والمطبوعة : استخرجها الفكر .

(٢٠) س ب والمطبوعة : فيه .

(٢١) ب : فانما .

(٢٢) س والمطبوعة : ولا بد .

• اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل .

• لتتفق الشهادتان في المعنى (٢٣) .

فلو قال الشاهد الآخر :

اشهد ان هذا قضى في حال ولايته بكذا ، مع قول الحاكم المزعول :

اشهد انه قضى لفلان قاض عدل ، لم تتفق الشهادتان قطعا ، ولا يثبت

الحق .

فلو قال الحاكم المزعول : اشهد ان قاضيا قضى بكذا [فالشاهد

الآخر كيف يشهد ؟ أيقول : اشهد ان قاضيا قضى بكذا ؟] (٢٤) أو

اشهد ان القاضي الذي شهد هذا انه قضى بكذا ، وهكذا في الصيغة

الاولى ، أيقول : اشهد انه قضى لفلان بكذا قاض عدل كما تلفظ به

الحاكم المزعول ، أو يقول : اشهد ان القاضي العدل الذي شهد هذا (٢٥)

انه قضى لفلان بكذا ؟

[هذا عندي فيه] (٢٦) تردد ظاهر ، ولم اظفر به مسطورا .

ومستند التردد في اجمال الشاهد الآخر اسم الحاكم الذي يشهد

عليه انه حكم بكذا ، ان أصحابنا قالوا :

لو شهد شاهدان ، لم ينصا (٢٧) قط على قاض عدل ولم يسمياه

ولا عينا بل قالوا : نشهد ان قاضيا عدلا قضى لفلان بكذا ، أو اشهدنا

على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله ، هل يقبل ؟ فيه وجهان .

(٢٣) في الاصل : المقضى .

(٢٤) الزيادة من س ب .

(٢٥) س والمطبوعة : الذي شهد هذا عليه انه (بزيادة لفظة : عليه) .

(٢٦) الزيادة من س ب .

(٢٧) س ب والمطبوعة : لم يقضيا .

قال الامام :

• وظاهر المذهب قبول ذلك •

فالتردد الذي ابديته في الشاهد الذي يشهد مع الحاكم المعزول ،
يخرج لفظ شهادته وسماعها على هذه المسألة •

وهذا من لطيف (٢٨) الفقه ودقيقه فليفهم ان شاء الله تعالى •

★ ★ ★

ابواب الثالث

في الدعاوى وآبينات [ومجامع الخصومات]^(١)

وفيه فصول :

الفصل الأول

في حد الدعوى^(٢) ، وحقيقتها ، ثم في كيفيتها
وصفتها^(٣) ، وشروطها ، وجواب^(٤) المدعى عليه فيها

النظر الاول [٢٩/١]

في حد اندعوى وحقيقتها^(٥)

[حد المدعي والمدعى عليه]

[٢١٣] اختلفت عبارات الائمة^(٦) في حد المدعي والمدعى عليه :

-
- (١) الزيادة من ب ، وفي س : ومجامع الخصومات .
 - (٢) في الاصل : في حد الدعاوى . وما اثبتناه عن س ب .
 - (٣) قوله : (ثم في كيفيتها وصفتها) ليس في س .
 - (٤) س : وجواز (وهو تصحيح) .
 - (٥) قوله : (النظر الاول في حد الدعوى وحقيقتها) ليس في س .
 - (٦) ب : اختلفت عبارة الائمة ، س : اختلفت الائمة . وبشأن اختلاف عباراتهم في وضع حد للمدعى والمدعى عليه : انظر الاشراف في غوامض الحكومات مخطوط الورقة ٢/ب ، روضة الحكام مخطوط

فمنهم من قال : المدعى من يثبت شيئاً ، والمدعى عليه من ينفي شيئاً^(٧) .

ومنهم من قال : المدعى من يقول بالاختيار ، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار .

ومنهم من قال : المدعى من اذا سكت ترك وسكوته ، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته ، وهذه عبارة الحنفية^(٨) وهي معنى العبارة الثانية عينها ، وانما اختلفت العبارة .

وقال الامام^(٩) :

المدعى عند أبي حنيفة من يثبت الشيء لنفسه ، والمدعى عليه من يثبت عن غيره ، وفي نسخة أخرى : من ينفيه عن غيره .

الورقة ٩ ب ، الروضة للنووي ٧/١٢ ، نهاية المحتاج ٣١٩/٨ ،
معني المحتاج ٤/٤٦١ ، ٤٦٤ ، أدب القاضي للماوردي ح ٤ (تحت
الطبع) الفقرة ٤٩٩٧ .

(٧) في س تقديم وتأخير على الصورة التالية : المدعى عليه من ينفي شيئاً والمدعى من يثبتته .

(٨) انظر عبارات الحنفية في تعريف المدعى والمدعى عليه في رد المحتار
٥٤٢/٥ ، درر الحكام ٣٢٩/٢ ، نتائج الافكار في تكملة فتح القدير
١٣٩/٦ ، شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد ابن مازة
٣/٢٤٢ الفقرة ٧٥٦ ، المبسوط ٢٩/١٧ ، الفتاوى الهندية ح ٤
ص ٣ .

(٩) اضطربت عبارة س فجاءت على الوجه التالي : وقال الامام : عند
أبي حنيفة المدعى من يثبت الشيء لنفسه ومنهم من قال المدعى من
يثبت شيئاً والمدعى عليه يثبتته عن غيره . . (كذا وهو سهو) .

هذا نقل الامام عن ^(١) ذلك الحبر الامام ، ولم ^(١١) يزد عليه
 شيئا مع شدة تبعه كلام من تقدمه بالبحث والتحقيق •
 [٢١٤] وهذا الحد باطل في الطرفين ^(١٢) :

اما قوله : « المدعى من يثبت الشيء لنفسه » ، فيريد بالشيء المدعى
 به ، وهو باطل بدعوى ^(١٣) الوصي للموصى عليه المحجور عليه على الغير
 مالا ، أو غيره ، فانه مدع بالاجماع ، مع انه يثبت الشيء المدعى به لغيره •
 وهكذا القيم من جهة الحاكم على المحجور عليهم •
 وهكذا الناظر في الوقف ^(١٤) •

وهكذا الوكيل يثبت المدعى به للموكل لا لنفسه •
 [و] ^(١٥) لا يقال : مراده بالشيء الذي يثبت ^(١٦) للسلطنة ^(١٧) ،
 واستحقاق ^(١٨) قبضه وتسلمه ان يثبت ^(١٩) ، لانا نقول : السلطنة ثابتة
 قبل هذه الدعوى ، لأن الكلام مفروض في دعوى وصي ثابت الوصية عند
 الحاكم ، وكذلك القيم والناظر والوكيل سلطنتهم ^(٢٠) ثابتة ، بمعنى ان

-
- (١٠) س : عن أبي حنيفة •
 (١١) ب س والمطبوعة : ولم يذكر عليه شيئا •
 (١٢) س : في الطرفين •
 (١٣) في الاصل : في دعوى ، وما اثبتناه عن س ب •

- (١٤) ب س : في وقف •
 (١٥) الزيادة من س •
 (١٦) س والمطبوعة : تثبته ، وما اثبتناه عن الاصل ومن ب •
 (١٧) ب س والمطبوعة : السلطنة •
 (١٨) س : أو استحقاق •
 (١٩) س والمطبوعة : ثبت •
 (٢٠) ب س والمطبوعة : فسلطنتهم •

كل امرتحقق انه للمحجور عليه ، أو للموكل^(٢١) ، أو للموقوف عليهم ،
نسلط هؤلاء شرعا على قبضه ، فهو لا يثبت بالدعوى سلطنة ، ولا السلطنة
يدعي^(٢٢) بها ، وانما^(٢٣) المدعى به هو المال في الذمة ، أو الثوب المعين
مثلا ، وهو الشيء الذي يثبت .

نعم اذا ثبت عند الحاكم ، نسلط هذا المدعى على قبضه لا بدعواه ،
بل بالتسليط^(٢٤) السابق على هذه الدعوى الثابت بوصية ، أو نظر ،
أو وكالة .

واما الطرف الثاني : وهو قوله : « والمدعى عليه من^(٢٥) » يثبت عن
غيره ، « على النسخة الاولى ، فبطلان هذا اظهر من الكلام عليه ، فان
المدعى عليه بمال في ذمته [ب/٢٩] ينفي استحقاق المدعى له ، فلا
يثبت شيئا .

فان قيل : هو وان نفى الاستحقاق ، لكنه يثبت براءة ذمته ، فهو
مثبت ، قلنا : عنه جوابان :

احدهما : ان البراءة الاصلية حاصلة بالاصل واستصحابه ، فهي
ثابتة ، وهو غير محتاج الى اثباتها ، وانما هو ناف^(٢٦) ما يشغلها .
والثاني : هب انه مثبت براءة نفسه وذمته ، فهل هو مثبت للشيء
عن غيره ؟ كلا ، فهذا حد باطل .

(٢١) ب س والمطبوعة : للوكيل (وهو سهو) .

(٢٢) ب س والمطبوعة : مدعى بها .

(٢٣) ب : انما .

(٢٤) ب س والمطبوعة : بالتسليط .

(٢٥) لفظة (من) سقطت من ب س ومن المطبوعة ، واثباتها عن الاصل

وعن أصل العبارة التي مرت قبل قليل .

(٢٦) ب : ناو (وهو تصحيف) .

وعلى النسخة الأخرى^(٢٧) ، وهو : « ينفيه عن غيره » باطل ،
وانما^(٢٨) هو ينفيه عن نفسه •

وعندي أن هذا زلل من النسخ^(٢٩) ، فإن منصب هذا الإمام أجل
من قول^(٣٠) مثل هذا •

[٢١٥] وقال بعض الأصحاب :

المدعي من يدعي أمرا باطنا خفيا ، والمدعى عليه من يدعي أمرا
ظاهرا جليا •

[٢١٦] وهذا الحد مع الحد الذي سبق ذكره ، « وهو أن المدعي
من يخلئ^(٣١) وسكوته والمدعى عليه من لا يخلئ وسكوته » ، مستبطلان
من مسألة استبطلها الشيخ الففال وهي ، ما إذا كان الزوجان مشركين ،
ثم أسلما قبل الدخول ، ثم اختلفا ، فقال الزوج : أسلما معا ، فنحن على
الزوجة ، وقالت المرأة : أسلم احدهما قبل^(٣٢) صاحبه فقد بطل نكاحنا ،
ففيه قولان :

احدهما : أن القول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وهذا على
قولنا : أن المدعي من يترك وسكوته ، فإن المرأة هي التي بهذه الصفة ،
وهي^(٣٣) مدعية •

(٢٧) ب س والمطبوعة : وعلى النسخة الثانية وهي ••

(٢٨) في المطبوعة : انما •

(٢٩) س : من النسخ •

(٣٠) س : من أن يقول •

(٣١) س والمطبوعة : وهو أن المدعى من إذا سكنت يخلئ وسكوته •

(٣٢) س : قبل الآخر •

(٣٣) س : فهي •

والقول الثاني : ان القول قول الزوجة ، وهذا على قولنا (٣٤) : ان المدعى هو الذي يدعي امرا باطنا خفيا يخالف الظاهر ، والزوج (٣٥) ههنا هو الذي بهذه الصفة ، لأن اتفاقهما على الاسلام في حالة واحدة بحيث لم يسبق احدهما الآخر ، خلاف الظاهر .

[٢١٧] وأخذ أبو سعيد الاصطخري هذا الحد وطرده في مسألة خالف الاصحاب قاطبة فيها ، فقال :

اذا ادعى رجل من السفلى على ملك عظيم ، أو وزير كبير (٣٦) ، أو فاضل جليل ، أو شريف نسيب ، انه زوجه ابنته ، أو انه اقضه حبة من ذهب ، أو انه استأجره لسياسة دوابه (٣٧) ، وما أشبه هذا ، [قال] (٣٨) : لا تقبل دعواه لأنه يدعي امرا يخالف [٣٠/أ] الظاهر ، بل اهل العرف يقطعون بكذبه .

[٢١٨] قال الامام :

وهذا الذي ذكره لا تمويل عليه ، ولا يسوغ في الدين تمشيش القواعد بامثال هذه الوسواس ، ومثل هذا قصد رسول الله صلى الله عليه

(٣٤) س : وهذا اذا قلنا .

(٣٥) ب : الزوج (بسقوط الواو) .

(٣٦) ب : أو وزير كبير خطير أو قاض ، وهو اختيار محقق المطبوعة ، وفي س : أو وزير كبير ببينة خطير أو قاض ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٣٧) في س ب زيادة جملة هنا فجاء الكلام فيهما على النحو الآتي : أو انه استأجره لسياسة دوابه ، اعني استأجر هذا العظيم لسياسة دواب لهذا السفلة وما أشبه هذا .

(٣٨) الزيادة من س ب ، والقول للاصطخري .

(٣٩) قوله : ومثل هذا قصد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبوت الدعوى من غير حجة ، قلت لعله يشير الى حديثه صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم

وسلم ثبوت الدعوى من غير حجة^(٣٩) ، فاما رد الدعوى لرعونات النفس^(٤٠) فلا سبيل اليه .

[٢١٩] قلت :

وهذا الذي ذكره أبو سعيد غير بعيد^(٤١) ان يصير اليه مجتهد : وهو مذهب مالك^(٤٢) ، فان^(٤٣) عنده لا تسمع دعوى وضع على شريف الا ان يعرف بينهما معاملة^(٤٤) ، وقد سمعت الدعوى على خير الخلائق رسول الله صلى الله عليه وسلم من وضع^(٤٥) .

ولكن اليمين على المدعى عليه ، الذي رواه الجماعة عن ابن عباس فانظره في جامع الاصول ٥٥٤/١٠ - ٥٥٥ رقم ٧٦٥٨ .
(٤٠) في الاصل : لدعوى النفس ، وما اثبتناه عن ب وفي س : لرعونات النفس .

(٤١) انظر رأي مالك واصحابه في هذه المسألة في تبصرة الحكام ١/١٢٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٤٥ ، شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٩٥ ، بداية المجتهد ٢/٥١٠ .

(٤٢) س : وهذا الذي ذكره أبو سعيد لا يصير اليه مجتهد .

(٤٣) س : فانه لا يسمع الدعوى .

(٤٤) أو ما يسمى بالخلطة ، انظر قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ٣٢٨ .

(٤٥) قوله : (وقد سمعت الدعوى على خير الخلائق رسول الله صلى الله عليه وسلم من وضع) قلت : لعله يشير الى حديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابي فرسا ، فاستتبعه ليقضيه الثمن ، فلما رآه المشركون خفوا وطلبوه بأكثر ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « قد ابتعته » فجحدته الاعرابي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من يشهد لي ؟ » فقال خزيمه بن ثابت انا اشهد لك .
٠٠ النخ الحديث الذي رواه الامام أحمد عن عمارة بن خزيمه الانصاري ان عمه حدثه به ٠٠ (مسند أحمد ٥/٢١٥ - ٢١٦)
والشافعي (الام ٣/٧٧) والحاكم (المستدرک ٢/١٧ ، ٣/١٠٠)
وأبو داود (السنن ٣/٣٠٨ رقم ٣٦٠٧) وغيرهم وهم كثيرون

وكذلك سمعت على علي^(٤٦) كرم الله وجهه ، وعلى غيره من
أكابر الصحابة •

[٢٢٠] نعم يشكل على هذا الحد الوديعة ، فإن المودع يقبل قوله
في الرد على المالك ، وهو يدعي امرا خفيا ، فلم قبل^(٤٧) قوله ؟

وجوابه : ان الامانة سبقت على دعوى الرد ، والاصل بقاؤها ، فاذا
قال : رددت قبل قوله ، لبقاء امانته ظاهرا ، والمالك اذا انكر الرد يدعي
خيانة طارئة على الامانة التي سبقت ، والاصل عدم الخيانة •

★ ★ ★

فانظر تخريجنا لهذا الحديث في أدب القاضي للماوردي ج ٣
(تحت الطبع) حاشية الفقرة ٣٨١٣) •
(٤٦) قوله : وكذلك سمعت على علي كرم الله وجهه • قلت لعل منها
مخاصمته مع اليهودي في درع الى شريح وقد مرت •
(٤٧) س : فلم يقبل •

النظر الثاني

في كيفيتها وصفتها^(١) وشروطها

[اقسام الدعوى]

[٢٢١] والدعوى تنقسم الى دعوى عين في يد ، والى دعوى مال في ذمة^(٢) ، والى دعوى حقوق شرعية ، كنكاح ، وقصاص ، وحد قذف ، وردّ بعب ، وحق شفعة ، وغير ذلك .

والعين تنقسم الى حاضرة في المجلس ، وغائبة عنه .

والغائبة تنقسم الى منقولة وغير منقولة .

ثم تنوع الدعاوى بعد ذلك الى دعوى نكاح وقصاص وحدود وغيرها .

ونحن نذكرها ان شاء الله تعالى شيئاً فشيئاً .

[الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة]

[٢٢٢] اما الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة ، فلاشارة اليها تفني عن وصفها^(٣) ، وعن ذكر قيمتها ، فليقل : ادعي ان هذه العين ، ويشير اليها ، ملكي ، وهذا الحاضر غصبها مني ، ويلزمه تسليمها اليّ ، وأنا اطلب تسليمها منه واسألك سؤاله ، فمره بالتسليم اليّ .

-
- (١) ب والمطبوعة : وصفاتها ، وفي س : في كيفيتها وصفتها وشروطها .
(٢) س : في الذمة .
(٣) ب والمطبوعة : عن صفتها .

فهذه ألفاظ^(٤) كلها متفق عليها ، ولو نقص منها شيء ، فيه خلاف^(٥) .

قال الشيخ أبو علي : لا بد ان يسأل القاضي مطالبته ، فان لم يسأله ، [هل للقاضي]^(٦) مطالبته ، فيه وجهان [٣٠/ب] .

وقال القاضي حسين : يقول له فمره بالتسليم الي .

وقال الهروي^(٧) قيل ان اقتراح المدعي على القاضي سؤال المدعي

(٤) ب والمطبوعة : ا لالفاظ .

(٥) انظر خلافهم في المهنـب ٣٠١/٢ ، أدب القاضي للماوردي ح ٤
الفقرة ٥٠١٠ .

؛

(٦) الزيادة من س ب .

(٧) الهروي : واسمه محمد بن أحمد (او ابن ابي أحمد) بن يوسف (أو ابن ابي يوسف) الهروي أبو سعد ، تلميذ القاضي أبي عاصم العبادي وشارح تصنيفه في أدب القضاء وهو المسمى بالاشراف على غرامض الحكومات وهو شرح مشهور مفيد ، تولى قضاء همذان سنة ٤٤٨ وتوفى سنة ٥١٨ هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ٣٦٥/٥ رقم ٥٦٣ ، طبقات الاسنوي ٢ / ٥١٩ رقم ١٢١٦ ، وفيات الاعيان ضمن ترجمة استاذة أبي عاصم ٢١٤/٤ رقم ٥٨٦ ، طبقات ابن هداية الله (بيروت) ١٨٧ ، هدية العارفين ٢ / ٨٤ ، كشف الظنون ١ / ١٠٣ ، معجم المؤلفين ٤ / ٢١٠ ، الاعلام ٥ / ٣١٦ ، وانما نجزم بانه هو المراد مع ان الفقهاء المنسويين الى هراة كثيرون - لسببين : احدهما انه هو المشهور ذلك بين الفقهاء والثاني انه صاحب تأليف في أدب القضاء وكلامه المذكور موجود في كتابه الاشراف (نسخة بني جامع المرقمة ٣٥٩) في موضوع : فصل في كيفية الدعوى اذ نقل ان اقتراح المدعى على القاضي سؤال المدعى عليه ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين فانظر الورقة ١/٥ منه .

عليه ، ركن في صحة الدعوى على أصح الوجهين^(٨) ، وهو مذهب أبي حنيفة^(٩) .

وقال في تمة التمة^(١٠) : اذا قال المدعى في دعواه : يلزمه التسليم الي ، قيل : لا يكفي ، بل لابد من ذكر الطلب .

وقال الشيخ أبو نصر : اذا حرر المدعي الدعوى ، هل يسأل الحاكم المدعى عليه عن الدعوى قبل^(١١) ان يسأله المدعى سؤاله ؟ فيه وجهان .

وقال الشيخ أبو اسحاق^(١٢) : اذا لم يسأل الخصم القاضي مطالبة خصمه ، يجوز للقاضي مطالبته على المذهب ، لأن شاهد الحال يدل على

(٨) س : على الاصح من الوجهين ، وما اثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب وعن الاشراف على غوامض الحكومات الورقة ٥/١ لان الكلام لابي سعد الهروي .

(٩) انظر رأي الامام أبي حنيفة وأصحابه في هذا الموضوع في رد المحتار ٢٤٧/٥ تكملة فتح القدير ١٤٤/٦ ، الفتاوى الهندية ٣/٤ .

(١٠) تمة التمة : قال محقق المطبوعة : لم اعثر على كتاب اسمه تمة التمة قلت هو كتاب مشهور قال عنه حاجي خليفة : وتمة التمة للشيخ منتجب الدين أبي الفتوح اسعد بن محمد العجلي الاصفهاني المتوفى سنة ستمائة وعليها الاعتماد في الفتوى باصفهان قديما ، وقد ذكر انها تمة لكتاب التمة المسماة تمة الابانة ، فالابانة للشيخ أبي القاسم الفوراني المروزي المتوفى ٤٦١هـ وتتمته لابي سعيد عبدالرحمن بن مأمون المعروف بالمتولي النيسابوري الشافعي المتوفى سنة ٤٧٨هـ فجاء العجلي فوضع تمة التمة (كشف الظنون ح ١ ص ١) وانظر طبقات الشافعية للسبكي ١٢٧/٨ ضمن ترجمة العجلي المرقمة ١١١٥ ، وفيات الاعيان ٢٠٨/١ ضمن ترجمة العجلي المرقمة ٩٠ .

(١١) س : قيل سؤال المدعي .

(١٢) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٣٠١/٢ .

المطالبة (١٣) •

[٢٢٣] اما ان كانت الدعوى في ودیعة فليقل : وانا اطلب ان
يمكنني^(١٤) منها لآخذها ، ولا يقل : واطلب تسليمها ، [ولا : يلزمه
تسليمها]^(١٥) الي ، لأن المودع لا يلزمه شيء سوى التمكين من تسليمها •
[٢٢٤] وان كانت العين مبيعة^(١٦) ، قال : ابتعت هذه العين منه
بكذا ، واقبضته الثمن ، وانا اطلب تسليمها منه •

[٢٢٥] ولا يشترط في صحة الدعوى [بالبيع]^(١٧) ذكر شروط
صحته ، كقوله : ابتعته منه ابتاعا صحيحا اتفقد بايجاب وقبول ، عن
طوعية واختيار ، على الصحيح من المذهب ، وفيه وجه مخرج من
النكاح ، انه لا بد في صحة الدعوى بالبيع من ذكر شروطه وتفصيلها
كالنكاح^(١٨) •

[الدعوى بالعين الغائبة] (١٩)

[٢٢٦] وان كانت العين غائبة عن المجلس ، فان كانت من دوات

(١٣) س : يدل على طلبه ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن المذهب
٣٠١/٢ وفي أدب القاضي للماوردي الفقرة ٥٠١٠ (لأن شاهد الحال
يدل عليه) •

(١٤) س : وانا اطلب تمكيني •

(١٥) الزيادة من س ب •

(١٦) في الاصل : ببیعة •

(١٧) الزيادة يقتضيها السياق كما سيأتي وليست في الاصل ولا في سائر
النسخ •

(١٨) س : كما في النكاح •

(١٩) سقطت هذه المسألة بكاملها من نسخة س •

الامثال اقتصر على ذكر الوصف المشروط في السلم^(٢٠) وان ذكر القيمة فهو أكد ، لكن لا يحتاج اليه •

وان كانت من غير ذوات الامثال ، كالجواهر ، لزمه ذكر الجنس والنوع وما يشترط ذكره في السلم ان صح السلم فيها •
ثم ان كانت وديعة لم يلزمه ذكر قيمتها ، وان كانت عارية أو غصبا لزمه تعيين قيمتها^(٢١) ، فان كانت مبيعة لزمه ذكر الثمن الذي ابتاعها به ، مع الوصف ، ولا يلزمه ذكر القيمة •

[دعوى العقار الغائب]

[٢٢٧] وان كانت العين المدعى بها عقارا غائبا عن المجلس ، فلا بد من ذكر الناحية ، والحدود الاربعة • ولا يغني ذكر احدها عن الآخر ، ولا ان يقتصر أيضا على بعض الحدود •
وهكذا ذكره الماوردي^(٢٢) •

وذكر^(٢٣) في البيع انه لو باعه دارا وذكر حدودها الاربعة صح ، وان ذكر حدين لم يصح [٣١/أ] وان ذكر ثلاثة ففيه وجهان^(٢٤) •

(٢٠) للسلم شروط تضاف الى شروط البيع ، منها ان يكون ديناً وان يكون مقدوراً على تسليمه بكيل معلوم أو وزن أو غير ذلك مع ذكر الاوصاف التي يختلف فيها الغرض اختلافا ظاهرا انظر مغني المحتاج ١٠٤/٤ ، المهذب ٢٩٧/١ •

(٢١) هنا نهاية ما سقط من نسخة من اعتبارا من بداية الفقرة ٢٢٦ •

(٢٢) انظر أدب القاضي ح ٤ (تحت الطبع) الفقرة ٥٠٠٩ وقابل ذلك بما ذكره في أدب القاضي أيضا ٣٣١/٢ الفقرة ٣٣١٥ •

(٢٣) ب : وذكره •

(٢٤) ذهب المتأخرون من الشافعية الى صحة ذلك ، ومن قال بذلك قاضي القضاة شيخ الاسلام أبو يحيى زكريا الانصاري ونسبه الى

وهكذا^(٢٥) ينبغي ان يكون في الدعوى بها •

[٢٢٨] ثم عندي ان هذا في دار مجهولة عند المتداعين والحاكم ،
فاما دار أو أرض^(٢٦) يعرفها كل واحد منهم وهي مشهورة^(٢٧) ،
شهرتها تفني عن تحديدها ، فلا يحتاج الى ذكر حدودها ، لحصول التمييز
بالشهرة عندهم •

[الدعوى بمال في الذمة]

[٢٢٩] اما الدعوى بمال في الذمة ، فان كان من ذوات الامثال ،
وهو حال^(٢٨) ، فيلزمه ان يذكر في الدعوى الجنس والنوع والصفة
والقدر ، فيقول : لي على هذا الف درهم من نوع كذا ويذكره ، ويذكر
انها صحاح أو مكسرة ، ثم يقول : يلزمه اداؤها الي الساعة ، فمره ايها
الحاكم بتسليمها الي وانا^(٢٩) مطالبه بذلك ، واسألك سؤاله •

ولا بد من قوله : يلزمه اداؤها الي-^(٣٠) الساعة ، لاحتمال كونها
مؤجلة ، أو كون المدعى عليه مفلسا ، وهو بالخيار في ان يذكر سبب
الاستحقاق •

النوري في الروضة اذ يقول : « نعم ان كانت عقارا وجب ذكر البلد
والمحلة والسكة والحدود الاربعة فان تميز بثلاثة حدود كفى ذكرها
كما في الروضة واصلها في آخر الدعوى (انظر عماد الرضا ببيان
أدب القضاء بخطوطه بدار الكتب الورقة ٢/ب) •

(٢٥) ب : هكذا •

(٢٦) س والمطبوعة : فاما اذا ادعى عليه دارا أو أرضا يعرفها •

(٢٧) ب س والمطبوعة : وهي مشهورة متميزة بشهرتها عن تحديدها ،
وما اثبتناه عن الاصل •

(٢٨) س : حلال (وهو تصحيف) •

(٢٩) ب والمطبوعة : فانا •

[٢٣٠] هذا هو المذهب ، وفيه وجه حكاة الامام والهروي انه لا بد من ذكر سبب الاستحقاق ، وهو مناقش^(٣١) ، اذ ربما يكون المدعى عليه اتلف على المدعي الذمي خمرا ، أو كلبا ، فيعتقد المدعي استحقاقه لقيمته في ذمته ، والحاكم لا يرى ذلك ، والناس مختلفون في ثبوت القيم في الذمم مقابلة المضمونات كاختلافهم في سبب الجرح •

ولا خلاف عندنا ان الجرح لا يقبل الا مضرا ، فكذا هذا • فليقل : لي في ذمته درهم من ثمن مبيع سلمته اليه ، أو قرضا في ذمته ، أو قيمة نوب اتلفه ، او ما^(٣٢) ضامى ذلك •

وذكر بعض أصحابنا وجهها : ان^(٣٣) البينة للمدعي ان كانت شهدت على اقرار المدعى عليه بالدين ، فلا بد ان يضيف الى دعواه اقرار المدعى عليه ، لتطابق شهادة البينة بمضمون دعواه ، وهو بميد • هذا كله في الدين الحال •

[الدين المؤجل]

[٢٣١] اما الدين المؤجل ، فلا تسمع الدعوى به على اصح الوجوه الثلاثة عند الامام •

والوجه الثاني : تسمع^(٣٤) مطلقا •

(٣٠) لفظة (الي) سقطت من ب •
(٣١) س ب والمطبوعة : وهو مناقس وهو تصحيف ، وما انبتناه عن الاصل •

(٣٢) ب : وما •

(٣٣) س والمطبوعة : ان بينة المدعى •

(٣٤) ب س والمطبوعة : والوجه الثاني لا تسمع (وهو سهو) •

والثالث : تسمع لغرض التسجيل ان كان^(٣٥) له بينة •
وعند غيره خلاف مطلق لا اختيار فيه •

والقياس انه لا تسمع ، اذ لا مطالبة الآن ، الا ان بعض الحكماء يرى
جواز اثباته قبل حلوله طلبا للتسجيل ، وحفظا للحق عن الضياع [٣١/ب] ،
لا سيما عند طول الآجال •

[٢٣٢] وان كان بعض الدين حالا ، وبعضه مؤجلا ، رأيت بعض
الحكماء يشبه^(٣٦) لاجل الحال •

وكان عندي فيه تردد ظاهر ، لعدم العثور على النقل ، الى ان
رأيت^(٣٧) الماوردي^(٣٨) صرح بجواز الدعوى به ، قال : تكون له
الدعوى بالمؤجل تبعا للحال وهو حسن ، الا ان فيه نظرا من حيث ان
الدين^(٣٩) ، اذا كان الفا ، والحال منه درهم واحد ، فكيف يستتبع
الدهرم الواحد الباقي المؤجل ؟

ثم قال بعده : فلو كان الدين المؤجل وجب بعقد وقصد اندعي به
بدعواه تصحيح العقد كالمسلم^(٤٠) فيه المؤجل صحت دعواه ، لأن المقصود

(٣٥) س والمطبوعة : ان كانت •

(٣٦) س : يثبت •

(٣٧) س : وجدت •

(٣٨) انظر قول الماوردي وتصريحه بذلك في أدب القاضي ج ٤ الفقرة
٥٠١٠ ، وانظر الاشارة الى ذلك في ٨١/١ . وقد نقل قول الماوردي
الخطيب الشربيني في مغني المحتاج ٤/٤٦٨ ، وحاشية البجيرمي على
الخطيب ٤/٣٦٨ ، وحاشية قليوبي ٤/٣٣٧ •

(٣٩) س : من حيث ان الدين المؤجل لو وجب بعقد وقصد •• بحذف
شيء من الكلام •

(٤٠) في أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٠١٠ : كالمسلم المؤجل •

به^(٤١) مستحق في الحال •

هذا كلامه ، وهو حسن •

ويلزم على مساقته^(٤٢) ، اذا كان الدين مؤجلا يعقد بيع ، بأن باعه سلعة بثمن مؤجل في الذمة وسلم السلعة الى المشتري فللبائع الدعوى بالثمن المؤجل والحالة هذه ، لأنه ينبغي^(٤٣) تصحيح العقد بالدعوى •

وهكذا في نظيره في الاجارة •

[٢٣٣] فان صح ما ذكره^(٤٤) الماوردي في مسألة السلم ، وصح ما ذكرناه في مسألتى البيع والاجارة قولاً واحداً ارتفع الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل ، لأن الدين لا يثبت مؤجلاً في الذم قطعا الا ببيع^(٤٥) ، او اجارة ، أو سلم ، أو نكاح ، اما القروض ، وقيم المتلفات^(٤٦) ، وما يجب من ضمان الحيلولة في الغصوب فلا^(٤٧) يجب الا حالا •

(٤١) في س والمطبوعة : لأن المقصود منه ، وما أثبتناه عن الاصل وعن نسخة ب وعن أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٠١٠ ، اذ الكلام له •

(٤٢) ب والمطبوعة : على مساوقته ، س : على مساقه وما أثبتناه عن الاصل •

(٤٣) س : لأنه ينبغي ، وفي ب : ينبغي وهو اختيار محقق المطبوعة ، وما أثبتناه عن الاصل •

(٤٤) س : فان صح ما ذكره في مسألتى البيع والاجارة •• أي بحذف جملة من الكلام •

(٤٥) س : في الذم قط الا بيعا أو اجارة • ب : في الذم قط الا ببيع أو اجارة ، وهو اختيار محقق المطبوعة •

(٤٦) في الاصل وثمان المتلفات وما أثبتناه عن ب س •

(٤٧) في الاصل وفي س ب : لا • وقد اضفت الفاء للسياق •

نعم دية قتل الخطأ لا تجب^(٤٨) على العاقلة الا مؤجلة ، وان كان
المازدي لا يجوز ثبوت الدعوى بالدين المؤجل قولا واحدا الا في مسألة
السلم فقط دون البيع والاجارة والنكاح ، ففي الفرق عشر مع امكانه .

[دعوى غير المثلي]

[٢٣٤] اما اذا كان الحق الثابت في الذمة غير مثلي ، كالثياب ،
والعبيد ، والحيوانات ، وما يصح السلم فيه^(٤٩) ، فاذا ادعى بها^(٥٠)
وكان ثبوتها بعقد سلم ، فلا بد من ذكر عقد السلم في الدعوى ، وذكر
الصفات^(٥١) المتغيرة في صحة السلم .

فان لم يذكر انها من^(٥٢) عقد سلم لم تصح دعوى اعيانها ، لانها
قد تكون مفصولة ، فيجب غرم^(٥٣) قيمتها ، فيلزمه مع ذكر الصفة ذكر
القيمة [٣٣/أ] +

[٢٣٥] وان كان ثبوتها بغير^(٥٤) عقد سلم ، كالابل المستحقة في
الدية ، والغرة^(*) في الجنين ، فلا يشترط ذكر صفتها في الدعوى ، لأن

(٤٨) ب والمطبوعة : لا تثبت .

(٤٩) س ب والمطبوعة : فيها .

(٥٠) في الاصل : به وما اثبتناه عن ب س .

(٥١) س ب والمطبوعة : صفاتها .

(٥٢) س ب والمطبوعة : عن .

(٥٣) ب والمطبوعة : فوجب عدم قيمتها (وهو سهو) وفي س : وان لم

يذكر عن انها عن عقد سلم لم تسمع دعواه وتكون مفصولة بموجب

عشر قيمتها (كذا وهو تصحيف) .

(٥٤) ب والمطبوعة : لا بعقد سلم . وما اثبتناه عن الاصل وعن س .

(*) وهي العوض الذي يعطى بدل قتل الجنين ، وهي عبد أو امة ، أو

فرس قيمته خمسمائة أو ما يعادل ثمنه نصف عشر الدية (طلبية

الطلبية ١٦٧) المغرب ٣٣٧ ، التعريفات ١٤١ .

أوصانها مستحقة بالشرع ، وانما^(٥٥) يعتبر في صفتها^(٥٦) شروط ثلاثة :

أحدهما : ذكر انها عن جناية عمد أو خطأ .

والثاني : انها جناية على حر .

والثالث : انها جناية نفس أو طرف أو جراح دية^(٥٧) مقدرة بالشرع ، كالموضحة والجائفة^(٥٨) .

واما الجناية التي لا ارش^(٥٩) لها مقدر بالشرع ، فيقتصر^(٦٠) في الدعوى بها على صفة الجناية ، من غير تقدير ارش لها ، لأن تقديره الى الحاكم .

وفي المرة يذكر ان المجهضة^(٦١) حرة .

واما الجناية على العبد ، فيذكر في الدعوى بها قدر قيمة العبد .
وكذا في جنين الامة .

(٥٥) ب : فانما .

(٥٦) س ب والمطبوعة : في صحتها .

(٥٧) س والمطبوعة : أو جراح دية .

(٥٨) الموضحة : الشجة التي تبدي وضح العظام أي بياضها ، والجائفة الطعنة التي تبلغ الجوف (قاموس : شجع ، جوف ١/٢٦٤ ، ١٢٩/٣) .

(٥٩) الارش : دية الجراحات ، والجمع اروش وارش (المغرب في ترتيب العرب : ارش ٢٣) .

(٦٠) س : فيفتقر .

(٦١) المجهضة (بالبناء للمفعول) هي التي اسقط جنينها بسبب ما ، والابهاض الاسقاط (المصباح المنير : جهض ١/١٧٧) .

[الاطلاق والتفصيل في دعوى النكاح والبيع]

[٢٣٦] اما دعوى النكاح والبيع ، ففي سماع الدعوى المطلقة
ههنا^(٦٢) ثلاثة أقوال : في الثالث : الفرق بين النكاح والبيع ، فيشترط في
النكاح دون البيع •

ثم قيل : في النكاح تفصيل آخر ، وهو انه ان قال : تزوجتها ، فلا بد
من التفصيل •

وان قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج •

وهذا الفرق ضعيف •

والتفصيل أصح في النكاح ، وصورته في النكاح ان يقول : ادعي
ان هذه المرأة زوجتي ، تزوجتها بولي مرشد ، وشاهدي عدل ، ورضاها ،
على صداق معلوم^(٦٣) ، مبلغه كذا وكذا^(٦٤) ، وقد احضرته ، لتسلمه ،
وتسلم نفسها اليّ ، واطلب ذلك منها^(٦٥) ، فمرها ايها الحاكم بتسليم
[نفسها]^(٦٦) اليّ ، فيتعرض لتفصيل العقد ، ويذكر رضاها ، ان كان
المزوج لها غير مجبر ، وان كان مجبرا ، فيتعرض للذكر المزوج ، وهو
الاب أو الجد ، ويتعرض للاهلية في حق الزوج والزوجة •

ويقول في البيع : اشتريت هذه السلعة ، ويشير اليها ، ان كانت

(٦٢) س ب والمطبوعة : ففي سماع الدعوى المطلقة فيها ثلاثة • • وما
اثبتناه عن الاصل •

(٦٣) س : على صداق معلوم صحيح ، وهو ما دونه محقق المطبوعة ولم
ترد هذه الزيادة في الاصل ولا في ب •

(٦٤) كذا وكذا (بسقوط الواو بينهما) في ب •

(٦٥) س ب والمطبوعة : واطلب منها ذلك •

(٦٦) في الاصل : فمرها ايها الحاكم تسلم اليّ ، وما اثبتناه عن س ب •

حاضرة ، ويصفها ان كانت غائبة^(٦٧) ، من هذا الحاضر ، ويشير اليه ، وهو جائز التصرف في ذلك^(٦٨) ، شراء صحيحا شرعيا ، بضمن^(٦٩) مبلغه كذا وكذا ، وسلمت الثمن اليه ، أو قد احضرته [الآن]^(٧٠) ليتسلمه ، ويسلم الي المبيع ، وانا اطلب ذلك ، والزامه به ، واسأل سؤاله عنه ، فمره بذلك .

فهذه هي الدعوى المفضلة .

[٢٣٧] والدعوى المطلقة هي ذكر البيع والضمن ، أو النكاح والصداق ، من غير تفصيل [٣٢/ب] وذكر الطوعية في العاقد ، ونفي الكراهة ليس بشرط في البيع والنكاح ، نص عليه الشافعي^(٧١) رضي الله عنه .

وكذا لا يشترط نفي المفسدات [في النكاح]^(٧٢) من ردة وعدة ورضاع ، فان ذلك ينفه قوله تزويجا صحيحا .

ولا خلاف ان دعوى القصاص لا بد فيه من التفصيل ، لخطر الدماء ولا تخفى كفيته .

[٢٣٨] وهذا كله اذا ادعى الرجل زوجية المرأة ، اما اذا ادعت

(٦٧) ب : مغيبة .

(٦٨) ب والمطبوعة : ذاك .

(٦٩) س ب والمطبوعة بضمن جملته .

(٧٠) الزيادة من س ب .

(٧١) قوله نص عليه الشافعي رضي الله عنه قلت : نص على ذلك في كتاب الدعوى والبيئات من كتاب الام اذ قال : « واذا ادعى انه نكح امرأة لم اقبل دعواه حتى يقول : نكحتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها ٠٠ ، الام ٢٣٨/٦ .

(٧٢) الزيادة من س ب .

المرأة الزوجية على رجل^(٧٣) ، فإن ذكرت في دعواها طلب النفقة أو المهر ، سمعت ، وإن اقتضرت على مجرد دعوى الزوجية ، ففي سماعها وجهان^(٧٤) .

[٢٣٩] ثم مهما صحت دعوى الرجل على المرأة بالنكاح مفصلة ، فأقرت بصحة دعواه هل يشترط في صحة اقرارها به تفصيل النكاح ، كما يشترط تفصيل الدعوى على الاصح ؟
فيه خلاف • الاصح : انه لا يشترط •

وهكذا اذا أثر الرجل بالنكاح الذي ادعت به المرأة وفصلته^(٧٥) ، هل يشترط في صحة اقرار الرجل به تفصيله^(٧٦) ؟ فيه وجهان ، اصحهما لا يشترط •

[٢٤٠] وحكم دعوى البائع الثمن على المشتري ، حكم دعوى المشتري المبيع على البائع •
وكذلك دعوى المتأجرين^(٧٧) •

ولا يخفى حكمه وتزييله على ما مضى •

(٧٣) س : الرجل •

(٧٤) قوله : ففي سماعها وجهان • • قلت نص الشافعي على سماعها فقد قال : « وهكذا لو ادعت عليه المرأة النكاح وجحد كلفت المرأة البينة فان لم تأت بها احلف ، فان حلف برى » ، وان نكل ردت اليمين على المرأة وقلت لها احلفي فان حلفت الزمته النكاح (الام ٢٣٩/٦)
وقد ورد في حاشية الاصل قوله : الاصح من الوجهين انها تسمع •

(٧٥) في الاصل : فصلته (بسقوط الواو) وما اثبتناه عن س ب •

(٧٦) في الاصل : تفصيل وما اثبتناه عن س ب •

(٧٧) س : المستأجرين •

[دعوى الحقوق]

[٢٤١] واما (٧٨) دعوى الحقوق كالتقصاص ، وحد القذف ، والرد بالعيب ، والشفعة والغصب ، والقيم ، فلا تخفى على الفقيه •
وسنذكر ان شاء الله تعالى في أواخر الشهادات فصلا في شهادة (٧٩)
القيمة وحقيقتها ، والدعوى بها ، والشهادة بها ان شاء الله تعالى •

[الدعوى بالمجهول ودعوى الوصية والاقرار]

[٢٤٢] واعلم ان اصحابنا كلهم قالوا : لا تصح الدعوى بالمجهول ، ولا تسمع •
واستثنى (٨٠) بعضهم الدعوى بالوصية [نقط •
وبعضهم استثنى الوصية] (٨١) والاقرار •
ونحن نذكر (٨٢) ما ذكروه مفصلا ، ثم نعبه بما نخاره (٨٣) ان شاء الله تعالى •

(٧٨) سقطت هذه الفقرة من نسخة س • وثبتت في الفقرة ٢٦١ كما سيأتي •
(٧٩) ب والمطبوعة : فصلا في الشفعة وحقيقتها ، وما اثبتناه عن الاصل هو الصواب ، لان الفصل الخاص بالشهادة بالقيمة يأتي في أواخر باب الشهادات ، فاما الشفعة فلم يتناولها في باب الشهادات وانما تناولها في خاتمة الكتاب بعنوان مسائل من الشفعة ، فليلاحظ ذلك •

(٨٠) ب س والمطبوعة : ثم استثنى •
(٨١) الزيادة من س ب •
(٨٢) س : ونحن ننقل ما قالوه • ب : ونحن ننقل ما ذكروه • • وهو اختيار محقق المطبوعة •
(٨٣) س : بما نخاره من ذلك ان شاء الله تعالى •

[٢٤٣] قال الماوردي (٨٤) :

لا تصح الدعوى فيما عدا الوصية الا معلومة ، وتجوز دعوى الوصية مجهولة ، لأنه يجوز (٨٥) تملكها مجهولة .

فان قيل : لو اقر بمجهول جاز ، فهلا جاز ان يدعي مجهولا ؟

قيل [لوقوع] (٨٦) الفرق بينهما ، لانه قد تعلق بالاقرار حق لغيره ، فبإلزام بالمجهول خيفة انكاره ، ولم يتعلق بالدعوى حق لغيره .
هذا كلامه .

وهو مصرح [٣٣/أ] باستثناء الوصية فقط ، ثم أخذ يفرق بين قبول الاقرار بمجهولا ، وبين عدم الدعوى به ، ولم يفرق بين صحة دعوى الوصية بالمجهول (٨٧) ، وبين عدم صحة دعوى الاقرار بالمجهول ، مع صحة الوصية بالمجهول ، وصحة الاقرار بالمجهول ، فترك ما ينبغي ذكره ، وذكر ما لم يحتاج اليه في هذه المسألة .

[٢٤٤] وقال الامام :

قال العلماء : الدعوى على الجهالة مردودة ، الا دعوى الوصية ، فانها تقبل مع الجهالة ، لأن الوصية بالمجهول صحيحة ، ثم الرجوع في

(٨٤) قول الماوردي تجده في أدب القاضي له ٣٣١/٢ الفقرة ٢٢١٠ وما

بعدها وقابل ذلك بما ذكره في ح ٤ الفقرة ٥٠١٩ .

(٨٥) س ب والمطبوعة : لانه يجوز ان يملكها مجهولة .

(٨٦) الزيادة من أدب القاضي للماوردي ٣٣١/٢ .

(٨٧) وردت العبارة في س على النحو الآتي : ولم يفرق بين صحة دعوى الوصية بالمجهول مع صحة الوصية بالمجهول وصحة الاقرار بالمجهول فيرد (كذا) ما ينبغي ذكره ، وذكر ما لم يحتاج اليه .

تفسيرها^(٨٨) الى الورثة فاذا صحت الوصية لذلك^(٨٩) ، صح ادعاؤها
على وجه صحتها انشاء •

[٢٤٥] وقال القاضي :

الذي أراه ان دعوى الوصية المجهولة مردودة ، لأن الوصول الى
اعلام الموصى به ممكن بمراجعة الورثة ، فاذا^(٩٠) امكن ذلك ، فليقدم^(٩١)
الاحاطة به ، ثم يربط دعواه بمعلوم •

[٢٤٦] قال الامام :

والوجه عندنا ما ذكره الاصحاب ، لأن الموصى له اذا قال : ان فلانا
قال : اوصيت لفلان بشيء ، وانا ادعي ثبوت هذه اللفظة^(٩٢) ، ثم
ابحث^(٩٣) بعدها ، لم يمتنع^(٩٤) عليه ذلك ، وانما تفرض الدعوى عند
جحد الوارث اصل الوصية ، وانما يعرف التمين منه ان لو اعترف
بأصل الوصية •

[٢٤٧] ثم قال الامام بعد هذا :

من أقر بشيء مبهم حبس المقر حتى يفسره اذا امتنع ، هكذا قال
الاصحاب •

(٨٨) ب : تفسيرهما •

(٨٩) س ب والمطبوعة : كذلك •

(٩٠) س ب والمطبوعة : واذا •

(٩١) ب : فليتقدم •

(٩٢) ب : اللفظة •

(٩٣) ب والمطبوعة : ثم انعت ، ثم فسرهما محقق المطبوعة بقوله : أي

أصف (وهو تصحيف) •

(٩٤) س : لم يمتنع •

ومنهم من قال : لا يجبس لامتناعه عن تفسيره ، لكن يقال للمقر له : ادع عليه حقا معلوما ، فان اقر به اخذ منه ، وان انكر حلف ، وان قال : لست ادري ^(٩٥) ، كان انكارا منه ، فان اصر عليه بعد عرض اليمين عليه ، جعلناه ناكلا ، ورددنا اليمين على المدعي •

هذا كلام الامام •

[٢٤٨] قلت انا :

ينبغي ^(٩٦) ان يكون سماع دعوى الاقرار بالمجهول مرتبا على حبسه الى ^(٩٧) تفسيره ، أو عدم حبسه ، فانا ان قلنا : انه يجبس حتى يفسر ^(٩٨) استفاد المقر له المدعي باثبات اللفظة المبهمة التي ابهمها المقر ، والدعوى بها ان يشهد ^(٩٩) الشاهدان بما سمعاه من لفظه المبهم ، ثم يطالبه ببيانها ، فان امتنع حبسه ، فعلى هذا ينبغي سماع دعواه بالاقرار بالمجهول •

وان قلنا : ان المقر لا يجبس اذا لم يفسر ، ويكلف المقر له بيان ^(١٠٠) قدر يدعيه ، فينبغي ان لا تسمع دعوى الاقرار بالمجهول ، اذ لا فائدة فيها ^(١٠١) ، [٣٣/ب] اذا آل الامر الى تكليف المقر له ذكر قدر معين ، والدعوى به ، وهذا ظاهر ^(١٠٢) •

(٩٥) في الاصل : لست ادعي (وهو تصحيف) وما اثبتناه عن س ب •

(٩٦) س ب والمطبوعة : فينبغي •

(٩٧) س ب والمطبوعة : الى ان يفسر تفسيره •

(٩٨) س ب والمطبوعة : حتى يقر •

(٩٩) في الاصل : ان شهد الشاهدان ، وما اثبتناه عن س ب •

(١٠٠) س ب والمطبوعة : ببيان •

(١٠١) س ب والمطبوعة : منها •

(١٠٢) في الاصل : وهذا الظاهر •

[٢٤٩] ثم قال الامام :

إذا فسر [المقر] (١٠٣) الشيء أو المال بتفسير مقبول ، فقال المقر له : لم [ترد] (١٠٤) بلفظك ما اظهرته ، وانما اردت به أكثر منه ، قال المحققون : لا يقبل من المقر له هذا ، لأنه نزاع في ارادة ، فالوجه ان يقول له المقر له : قد فسرت اقرارك بدرهم ، ولي عليك عشرة ، وانت اردت بالشيء عشرة ، فيتجه كلامه (١٠٥) ، فيحلف المقر بالله : لا تلزمني التسعة الزائدة ، ولم ارد بالشيء الا درهما . ومن أصحابنا من قال : تقبل دعوى المقر له في الارادة المجردة على خلاف ما ابدى المقر ، وهو ضعيف لا أصل له يلتفت على اصل (١٠٦) ، وهو ان من رفع خصمه الى القاضي ، وقال : ادعي انه أقر لي بألف ، هل يسمع ؟ فيه خلاف ، الاصح انه لا يسمع .

هذا ما ذكره الامام .

[٢٥٠] وقال البغوي :

إذا ادعى على رجل انه أقر له بشيء ، ولم يبين ، لم تسمع الدعوى بمجهول (١٠٧) الا في الوصية ، إذا ادعى ان فلانا اوصى لي (١٠٨) بشيء ، ولم يبين تسمع ، وتسمع شهادة الشهود بذلك .

[٢٥١] وقال الشيخ ابو اسحاق (١٠٩) :

(١٠٣) الزيادة من س ب .

(١٠٤) في الاصل : لم تتلفظ بما اظهرته ، وما اثبتناه عن ب س .

(١٠٥) س ب والمطبوعة : فيتجه كلامه اذن فيحلف .

(١٠٦) العبارة (يلتفت على أصل) سقطت من س .

(١٠٧) س ب والمطبوعة : مجهولة .

(١٠٨) س والمطبوعة : اوصى له بشيء .

(١٠٩) انظر المذهب ٣١٩/٢ .

لا تسمع دعوى المجهول الا في الوصية •

[٢٥٢] فهذا ما ذكره من خصص بالوصية فقط •

[٢٥٣] اما من الحق الاقرار بها :

فقد قال (١١٠) القاضي أبو الطيب في تعليقه الكبير :

لا تسمع الدعوى مجهولة الا في الاقرار والوصية ، لأن الوصية
بالشيء المجهول تصح ، فكذا الاقرار بالشيء المجهول يصح ، فكما (١١١)
لم تمنع الجهالة صحتها ، لم (١١٢) يمتنع سماع الدعوى بها •

[٢٥٤] ونقله الشيخ ابو نصر بن الصباغ كذلك ، فقال :

لا يسمع الحاكم الدعوى الا محررة ، الا في الوصية والاقرار •
وانما صحت الدعوى مجهولة في الوصية ، لانها تصح مجهولة ،
لأنه لو وصى له بشيء ، أو سهم ، تصح ، فلا يمكنه ان يدعيها الا
مجهولة ، وكذلك الاقرار ، لما صح ان يقر بمجهول ، صح ان يدعي عليه
انه اقر له بشيء مجهول •

هذا ما ذكره هذان الامامان (١١٣) •

[٢٥٥] وقال القاضي حسين في تعليقه :

لا تسمع الدعوى الا معلومة الا في الوصية •

ولم يزد على هذا •

[٢٥٦] وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير :

(١١٠) س ب والمطبوعة : فقال •

(١١١) في الاصل : فما لم ، وما اثبتناه عن س ب •

(١١٢) س ب والمطبوعة : لم تمنع •

(١١٣) الامامان أي السابقان أبو الطيب وأبو نصر ، وقد سقطت لفظة

(هذان) من س والمطبوعة •

دعوى المجهول لا تقبل الا في موضعين :

احدهما : الوصية يدعي بها على الورثة ان [الميت] (١١٤) وصى له بشيء [٣٤/أ] أو بدابة من ماله ، لأنه يمكن اثبات ذلك بالبينة (١١٥) ، وكل ما امكن اثباته بالبينة سمعت الدعوى فيه .

والثاني : الاقرار ، فتسمع دعوى الاقرار بمجهول (١١٦) ، لانه يصح مع الجهل .

[٢٥٧] وقال الشيخ ابن أبي عصرون (١١٧) :

(١١٤) الزيادة من س ب وفي الاصل : انه وصى .
(١١٥) في المطبوعة : بالبينة (بتقديم النون على الياء) وهو تصحيف طباعي .

(١١٦) س ب والمطبوعة : مجهولة .

(١١٧) في ب : ابن عصرون ، والتصحيح من الاصل ومن س ، وابن ابي عصرون : عبدالله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن ابي عصرون أبو سعد التميمي الموصللي القاضي شرف الدين الشافعي ، ولد بالموصل سنة ٤٩٢ هـ ، ورحل في طلب العلم الى بغداد وواسط وعاد الى الموصل ودرس فيها واقام بسنجار مدة ، ثم انتقل الى حلب ثم قدم دمشق في عهد نور الدين زنكي ودرس بالزاوية الغربية من جامع دمشق ، ثم رجع الى حلب ، واقام بها وصنف كثيرا من الكتب منها كتاب صفوة المذهب من نهاية المطلب ، وكتاب الانتصار وكتاب المرشد ، وتولى القضاء في مدن عديدة ، ثم عاد الى دمشق ، فولى القضاء فيها ثم عمي آخر عمره ، وصنف جزءا في جواز قضاء الاعمى ، وله نظم جيد توفي سنة ٥٨٥ هـ انظر ترجمته في سير اعلام النبلاء للذهبي (مخطوط - نسخة أحمد الثالث ١٣/٢٩١٠) الورقة ٢٩ - ٣٠ تحت الطبع رقم الترجمة ٦٠ من تحقيقنا بالاشتراك مع الدكتور بشار عواد معروف ، التكملة لوفيات النقلة ١/٢٠٠ رقم ٨٢ ، طبقات السبكي ٧/١٣٢ رقم ٨٣٤ ، وفيات الاعيان ٣/٥٣ رقم ٣٣٥ ، طبقات الاسنوي ٢/١٩٣ رقم ٨١٠ .

قال في المذهب : لا تصح ^(١١٨) دعوى المجهول الا في الوصية ^(١١٩) . قلت والاقرار في معناها ، لانه يصح الاقرار [به] ^(١٢٠) واقامة البينة عليه ، فتصح دعواه كالوصية .
هذا كلامه .

[٢٥٨] والذي عندي في هذه المسألة ان الدعوى بالوصية بالمجهول تصح ، لانها انشاء ، [و] ^(١٢١) لا يمكن الموصى له تعيين شيء ابهمه الموصي [المنشئ] ^(١٢٢) .

وهل تصح الدعوى بالاقرار بالمجهول ؟
فيه وجهان مبنيان ^(١٢٣) على جواز حبس المقر اذا امتنع من التفسير ، فان جوزنا حبسه صحت الدعوى والا فلا .

[٢٥٩] والفرق بين الاقرار والوصية : ان الوصية انشاء ، والاقرار اخبار عن حق سبق وجوبه ، فللمقر ^(١٢٤) له طريق الى تعيينه ^(١٢٥) ، فيبينه ، ويدعيه مبينا ، بخلاف الانشاء .

وقول الشيخ ابي علي : كل ما صح اقامة البينة عليه ^(١٢٦) صحت الدعوى به ، يطلق بدعوى الاقرار المجرد ، فان اقامة البينة به صحيحة بلا خلاف . والاصح انه ^(١٢٧) لا تسمع الدعوى به مجردا .
[والله اعلم]

-
- (١١٨) في الاصل : لا تسمع والتصحيح من س ب ومن المذهب ٣١١/٢ .
(١١٩) انظر المذهب ٣١١/٢ .
(١٢٠) الزيادة من س ب .
(١٢١) الزيادة يقتضيها السياق .
(١٢٢) الزيادة من س ب .
(١٢٣) س : يتبينان .
(١٢٤) س : وللمقر (بالواو) وهو ما في المطبوعة .
(١٢٥) س ب : طرق الى معرفته ، (وهو ما في المطبوعة) .
(١٢٦) س ب : اقامة البينة به ، (وهو ما في المطبوعة) .
(١٢٧) س : انها ، (وهو ما في المطبوعة) .

النظر الثالث

في جواب المدعى عليه

[٢٦٠] وهو ينقسم الى (١) اقرار وانكار وسكوت .

القسم الاول : الاقرار (٢) بالمدعى به :

[٢٦١] ولا (٣) يخفى صريحه (٤) . فمتى اقر به حكم عليه

بموجبه . فلو قال : لي من هذه الدعوى مخرج ، فليس باقرار ، وكذا

اذا قال : عندي المخلص منها ، أو البراءة منها ، أو أنا بريء من هذا المال ، لا يكون اقرارا .

[٢٦٢] ولو قال : ابرأني من (٥) هذا المال ، كان اقرارا على المذهب

الصحيح .

(١) س ب والمطبوعة : الى اقرار والى انكار والى سكوت . وما اثبتناه عن الاصل .

(٢) س : في الاقرار بالدعوى به (كذا وهو تصحيح) .

(٣) س ب : فلا .

(٤) جاءت العبارة في س كالاتي : فلا يخفى صريحه اما دعوى الحقوقي كالتقصاض وحده القنف والرد بالميب والشفعة والغصب والقيم فلا يخفى على الفقيه وسندكر ان شاء الله تعالى آخر الشهادات فصلا في القيمة وجنسها والدعوى بها والشهادة بها ان شاء الله تعالى . . وهو كلام قد مر في الفقرة ٢٤١ التي مرت قبل ورقات .

(٥) س ب والمطبوعة : عن .

وحكى الهروي^(٦) عن ابن القاص^(٧) قولا : انه لا يكون اقرارا .
وهو بعيد .

[٢٦٣] ولو^(٨) قال : ابرأني عن هذه الدعوى ، لا يكون اقرارا
وهل تسمع دعواه حتى يحلف المدعى انه ما ابرأه عن هذه الدعوى ؟
فيه وجهان :

قال صاحب التلخيص^(٩) : يحلف ، لانه لو اقر بان لا دعوى له

(٦) انظر حكاية ابي سعد الهروي نقول ابن القاص في الاشراف على
غوامض الحكومات الورقة ٥١/أ - ٥١/ب ، وناقشه فيه ، وعبارته :
(وحكى ابن القاص عن بعض اصحابنا انه ليس اقرارا ، لان الله
سبحانه قال « فبرأه الله مما قالوا » وموسى لم يكن به اذى ، وتبرئته
عن عيب الاذية لم تقتض اثبات الاذى به ، وهذا غير صحيح ، لان
الظاهر من لفظ البراء انه اسقاط فيترتب على الوجوب) .

(٧) ابن القاص : واسمه أحمد بن أبي أحمد أبو العباس الطبري
الشافعي ، تفقه على ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان ، وكان
من أصحاب الوجوه المتقدمين كما يقول النووي ، وتكرر اسمه في
كتب الشافعية باسم صاحب التلخيص وله مصنفات نفيسة منها
التلخيص الذي شرحه كثيرون ، والمفتاح ، وأدب القاضى توفي
بطرسوس سنة ٣٣٥هـ مغمشيا عليه عند وعظه ، انظر تهذيب
الاسماء واللغات ٢٥٢/٢/١ رقم ٣٧٨ ، طبقات الاسنوي ٢٩٧/٢
رقم ٩١٦ ، طبقات الشيرازي ١١ ، طبقات العبادي ٧٣ ، طبقات
السبكي ٥٩/٣ رقم ١٠٥ ، وكلامه في الاقرار تجده في أدب القاضى
(نسخة المتحف العراقي المرقمة ٢/٢٢٣١٥) الورقة ١٢ ب -
١/١٣ .

(٨) في الاصل : فاذا ، وما اثبتناه عن ب س .

(٩) صاحب التلخيص : هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد ابن القاص
الطبري انشافعي الذي مرت ترجمته الآن . والتلخيص كتاب
اشتهر به ابن القاص واسم الكتاب التلخيص في الفروع ، قال حاجي
خليفة : وهو مختصر ذكر في كل باب مسائل منصوصة ومخرجة ،

عليه برى (١٠) .

وقال الشيخ الاصطخري والقفال وغيرهما : لا يحلف ، لأنه منكر
دعواه . فإذا ادعى أنه أبرأه ، فقد ادعى الصلح على الإنكار ، فلا
تسمع دعواه .

[٢٦٤] ولو قال المدعى عليه : أبرأني من هذا المال المدعى به ،
فهو أقرار به ، على المذهب الصحيح .

وحكى الهروي قولاً عن ابن القاص (١١) : أنه ليس بأقرار .
فإذا قلنا : أنه أقرار ، فلو قال يحلف أنه ما أبرأني منه ، [٣٤/ب]
فالمذهب أنه لا يطالب (١٢) به حتى يحلف المدعي .

وقال القاضي حسين : بل يقال له : اد المال الى المدعي ، ثم ادع

ثم أمورا ذهبت اليها الحنفية على خلاف قاعدتهم ، وهو اجمع كتاب
في فنه للاصول والفروع على صغر حجمه وخفة محمله ، له شروح
منها شرح الامام ابي بكر محمد بن علي القفال الشاشي (المتوفى
٣٦٥هـ) وعلى ابي علي الحسين بن شعيب المعروف بابن السنجي
(المتوفى ٤٣٠هـ) وهو شرح كبير قليل الوجود ، وشرح ابي عبد الله
محمد بن الحسن الاسترابادي المعروف بابن الختن الشافعي (المتوفى
٣٨٦هـ) في مجلد (انظر كشف الظنون ١/٤٧٩) .

(١٠) حكى أبو سعد الهروي رأي صاحب التلخيص في الاشراف الورقة
٥١/ب ، واكتفى ابن القاص (صاحب التلخيص) في أدب القضاء
بقوله : (ولو ادعى عليه رجل مالا فقال المدعى عليه : قد أبرأني من
هذه الدعوى لم يكن اقراراً لا اختلاف فيه) أدب القاضي الورقة
١٢/ب .

(١١) حكاية ابي سعد الهروي قول ابن القاص تجدها في الاشراف الورقة
٥١/ب .

(١٢) س المطبوعة : لا يطالبه .

البراءة فانها دعوى [جديدة] (١٣) •

[٢٦٥] ولو قال المدعى عليه ، والمدعى به عين ، اشترت منه هذه العين ، فهذا اعتراف له بالملك ، فان كانت له بينة حاضرة لم تزل يده على أحد الوجهين وهو مذهب الصيدلاني ، بل تسمع البينة في الحال بالشراء • وعند القاضي حسين تزال يده في الحال ، وللمدعي ان يقول (١٤) : انتهت الخصومة باقرارك لي ، فسلم الي ، ثم افتتح مخاصمة ودعوى (١٥) • فعلى مذهب الصيدلاني ، لو قال : لا تزيلوا يدي ، وامهلوني ثلاثة أيام لاقم البينة على الشراء (١٦) ، فلا خلاف انه لا يمهل ، وهكذا (١٧) في دعوى الابرء بالدين •

[٢٦٦] ومسائل الاقرار معروفة ، فلتطلب (١٨) في بابها والكلام ههنا في اقرار يؤاخذ (١٩) المقرر به •

[٢٦٧] ولو قال : استحق في ذمته الفا من قرض ، فقال المدعى عليه مجيبا : يستحق عليّ الفا ولكن من ثمن مبيع ، أو قيمة متلف ، هل يستحق الالف ؟

فيه وجهان : الاصح : نعم •
القسم الثاني : الإنكار (٢٠) •

-
- (١٣) الزيادة من س ب وقد سقطت من الاصل ومحلها بياض فيه •
(١٤) س : ان يقول له ، وهو ما اثبتته محقق المطبوعة •
(١٥) س : ثم افتتح خصومة مخاصمة أخرى •
(١٦) في الاصل : على الشرى •
(١٧) س : وهكذا اذا ادعى الابرء •
(١٨) ب : فلتطلب من بابها •
(١٩) س : مؤاخفة •
(٢٠) ب : القسم الثاني الاقرار (وهو سهو) •

[٢٦٧] وصورته : ان يدعي عليه عشرة دراهم مثلا ، فاذا قال
مجيبا :

لا تلزمني هذه العشرة ، ولا شيء منها ، [أو لا يلزمني تسليم عشرة
دراهم إليه ، ولا شيء منها]^(٢١) ، أو^(٢٢) لا يستحق علي عشرة
دراهم ، ولا شيئا^(٢٣) منها ، فكل ذلك جواب صحيح •

[٢٦٨] ولابد ان يقول في الجواب : ولا شيئا منها على الاصح •
وقال القاضي حسين : لا يحتاج المنكر في الإنكار ان يقول : ولا
شيء منها ، بل ذلك يكون في اليمين •

وليس بصحيح ، لأن مدعي العشرة مدع بكل جزء منها ، فلا بد
من نفي جميع ما يدعي عليه ، او الاقرار بجميعه ، أو انكار بعضه ،
والاقرار ببعضه •

[انكار الاستحقاق لا السبب]

[٢٦٩] ولو^(٢٤) قال : ادعي على رجل ثمن مبيع ، أو اجرة
مستأجر ، أو قيمة متلف ، لم يكلف المدعي عليه في الجواب نفي الشراء
والاجارة والتلف ، بل يكفي قوله مجيبا : لا يلزمني تسليم [ما
ذكر]^(٢٥) ، ولا تسليم شيء منه ، أو لا يستحق علي ما ذكر ولا
شيئا •

لأنه^(٢٦) ربما جرى ذلك حيث لا يلزمه شيء ، بأن جرى البيع

(٢١) الزيادة من س ب •

(٢٢) ب والمطبوعة : او ما •

(٢٣) في الاصل : او لا تستحق علي عشرة دراهم ولا شيء (بالرفع) •

(٢٤) س : ولو ادعى •

(٢٥) الزيادة من ب ، وفي س : ما ذكره •

(٢٦) س : لانه ربما بان يكون جرى البيع والشراء (كذا ، وهو سهو) •

والشراء ، وقبض^(٢٧) المبيع ، ثم إبراء البائع من الثمن ، أو يرث به ذمته بحوالة ، أو مقاصة ، أو غير ذلك •

وهكذا في الاجارة لا^(٢٨) يكلف نفي الاستئجار ، ولا نفي الانتفاع ، لما ذكرناه [٣٥/أ] •

وفي التلف يمكن ان^(٢٩) يكون باذن المالك •

فلو كلف نفي هذه الاشياء في الجواب ، لكان كاذبا في نفيها ، مع علمه بوقوعها ، ولا يرى الكذب فيؤدي الى اعترافه بوقوعها منه ، فيكون اعترافا منه بجريان السبب في حقه ، فيلزمه الثمن والاجرة والقيمة ، ولا يقبل قوله في البراءة بعد ذلك الا بينة ، وربما تعذر عليه اقامتها •

[٢٧٠] فلو انه في الجواب نفى ما ادعى^(٣٠) به ، بان ادعى عليه ثمنا في بيع من مبيع ، حيث تصح الدعوى به ، فاجاب بانني ما اشتريت منه هذه العين التي ذكرها فطلب المدعي من الحاكم احلافه ، فهل يجب تحليفه ، بانه ما اشترى ذلك بالثمن المذكور بناء على جوابه أو يحلف على نفي استحقاق الثمن ؟

ان قال : لا احلف ، الا انه ما يستحق [علي]^(٣١) هذا الثمن ، ولا شيئا منه ، فيه وجهان ، أحدهما انه يقنع منه باليمين على نفي الاستحقاق •

(٢٧) س والمطبوعة : وقبض الثمن أو قبض المبيع ثم إبراء البائع من الثمن (وهو سهو) •

(٢٨) س والمطبوعة : فلا ، بزيادة الفاء وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(٢٩) في الاصل : ان يقول باذن المالك وما اثبتناه عن س ب •

(٣٠) س ب والمطبوعة : نفي ما ادعى عليه به •

(٣١) الزيادة من س ب •

[انكار سبب الاستحقاق]

[٢٧١] ولو ادعى عليه الف من جهة ضمان ، فقال المدعى عليه مجيبا : ليس لك علي الف من جهة ضمان ^(٣٢) ، لكن من جهة عين انلفتها عليك ، أو من ثمن مبيع قبضته منك ، ففي ثبوت الاستحقاق وجهان ، [الاصح] ^(٣٣) عند الامام [ثبوته] ^(٣٤) حكى ذلك ^(٣٥) في أثناء الافرار .

[مسائل على الانكار]

[٢٧٢] ومن المسائل القريبة مما نحن فيه ، ان المشتري اذا ادعى بالمبيع عيبا قديما ^(٣٦) يمكن حدوثه بعد البيع فالقول قول البائع مع يمينه .
ثم كيف يحلف ؟

ينظر في جوابه : فان اجاب بانه ^(٣٧) لا يستحق [علي] ^(٣٨) ما يدعيه من استحقاق الرد ، حلف كذلك . وان اجاب بنفي ^(٣٩) لفظ الدعوى ، فقال : بعته ^(٤٠) بريأ من هذا العيب ، فيه وجهان :

(٣٢) العبارة (فقال المدعى عليه مجيبا ليس لك علي الف من جهة ضمان) سقطت من س .

(٣٣) الزيادة من س ب .

(٣٤) الزيادة من س ب .

(٣٥) س ب والمطبوعة : حكاة في أثناء الافرار كذلك .

(٣٦) س ب والمطبوعة : عيبا انه قديم ويمكن .

(٣٧) ب : بان لا يستحق ، س : فان اجاب قال لا يستحق .

(٣٨) الزيادة من س ب .

(٣٩) في الاصل : فان اجاب بلفظ الدعوى وما اثبتناه عن س ب .

(٤٠) (بعته) كذا في س وفي الاصل ونسخة ب : بعثني وقد ورد في هامش

النسخة ب قوله : لعله : بعثك .

أحدهما : يحلف انه ما يستحق^(٤١) عليه الرد .

والثاني : يحلف انه باعه^(٤٢) برأيا من هذا العيب .

وأصل هذين الوجهين : [انه^(٤٣)] اذا ادعى عليه غصبا ، فقال
مجبيا ما غصبت ، فهل^(٤٤) يحلف على نفي الاستحقاق ، أو على نفي
الغصب ؟ فيه وجهان .

ثم ان الشافعي رضي الله عنه نص ان^(٤٥) البائع يحلف انه باعه
برأيا من هذا العيب^(٤٦) ، قال المزني^(٤٧) : بل يحلف انه باعه وأقبضه
برأيا من العيب ، لجواز ان يكون العيب حدث بعد البيع وقبل القبض ،
فيستحق [المشتري]^(٤٨) به الرد .

أجاب أصحابنا عن هذا^(٤٩) : بأن الشافعي أراد ما اذا ادعى المشتري
انه باعه اياه ، وبه^(٥٠) العيب ، فيكفيه الحلف على نفي الدعوى فقط ،
لأن المشتري لم يدع حدوثه [٣٥/ب] بعد العقد^(٥١) حتى يحتاج البائع
الى نفيه باليمين .

(٤١) في الاصل : ما استحق .

(٤٢) في الاصل ونسخة ب : انه ما باعه .

(٤٣) الزيادة يقتضيها السياق .

(٤٤) في الاصل وفي نسخة ب : هل .

(٤٥) س : نص على ان .

(٤٦) انظر قول الشافعي في الام ٦٣/٣ .

(٤٧) انظر قول المزني في المختصر ١٩٠/٢ - ١٩١ .

(٤٨) الزيادة من س ب .

(٤٩) س : عن هذه المسألة .

(٥٠) العبارة في الاصل : بأن الشافعي أراد ما ادعى المشتري انه باعه

اياه وليس هذا العيب فيه فيكفيه ، وما اثبتناه عن س ب .

(٥١) في الاصل : بعد القبض ، وما اثبتناه عن س ب .

[٢٧٣] ولو كان في يده عين ، فادعاهما خارج فقال مجيباً : ما يستحق علي تسليمها ، أو لا يلزمني تسليمها ، فأقام المدعي بيته بالملك له .
قال القاضي حسين : يجب التسليم اليه للشهادة بالملك له .

قال الامام : هذا مشكل ، لأن ذا اليد يقول : صدق الشهود ، هي ملكه ولكن لا يلزمني التسليم ، لاحتمال كونها في يده مستأجرة ، أو مرهونة ، فلا يلزمه^(٥٢) التسليم .

وهذا يلتفت على ما لو صرح الداخل بانها في يده باجارة^(٥٣) ، هل القول قوله ؟ أو قول المالك ؟

فيه خلاف .

فان قلنا : ان القول قول المالك ، فيلزم الداخل اقامة البينة على رهن أو اجارة ان كان يدعيه .

وقال الشيخ القفال والفوراني بعده : طريقه في الجواب ان يقول للحاكم : سله ، فان كان يدعي الفا ، به رهن ، حتى^(٥٤) اجيبه ، وان كان يدعي الفا ، لا رهن به لم يلزمني التسليم اليه .

قال الشيخ أبو علي : قال بعض شيوخنا : ليس للمدعي عليه ان يتحكم على القاضي بهذا السؤال ، ولا يجب على المدعي جوابه . والحيلة [في]^(٥٥) ان لا يضع رهنه ، ان ينظر في قيمته ، ان بلغت قدر الدين ، ان ينكر المدعي عليه ، ويحلف انه لا يلزمه تسليم شيء اليه ، ولا يأثم

(٥٢) في الاصل : فلا يلزمني التسليم وما اثبتناه عن ب س .

(٥٣) س : اجارة .

(٥٤) ب س والمطبوعة : فمتى .

(٥٥) الزيادة من س ب .

به ، وكذا ان كانت قيمته أكثر من الدين ، فيحلف ثم يدعي الزيادة عليه ، وان كان أقل ، فينكر من الدين بقدر قيمته ، ولا يحلف على الزيادة .

[وقال القاضي حسين : انا لا اسمع هذا الجواب المتردد^(٥٦) ، لكن له انكار الدين ان انكر المدعي الرهن .

قال الامام]^(٥٧) وهو بناء على مسألة الظفر بغير الجنس^(٥٨) . هذا ما ذكره الامام في أصل هذه المسألة عن القاضي والاصحاب^(٥٩) من وجوب التسليم الى المالك عند قيام البينة ، وما ذكره الامام من الاشكال عليه .

[٢٧٤] وعندي ان ما ذكره القاضي من وجوب التسليم صحيح ، لا يمكن فرض خلاف فيه في المذهب ، وقاعدة المذهب تقتضيه ، وليس كمسألة الاجارة التي ذكرها الامام ، والخلاف فيها ، والاشكال الذي ذكره ضعيف جدا ، بيانه هو ان بينة المدعي الخارج^(٦٠) موجهة لتقدمه شرعا^(٦١) على يد الداخل ، اذا لم تقم بينة بملك ولا يد سابقة مثلاً ، ولا بأمر يعارض بينة الخارج ، وكون [١/٣٩] العين المدعى بها في يد الداخل لا يعارض مجرد هذا بينة الخارج اجماعاً ، وامكان كونها مستأجرة^(٦٢) منه ، مرهونة عنده لا ينافي^(٦٣) بينة الخارج اذا سكنت

(٥٦) ب : المردد ، وقد سقطت هذه الجملة من الاصل .

(٥٧) الزيادة من ب س .

(٥٨) س : بغير جنسي الحق .

(٥٩) س ب : عن الاصحاب والقاضي .

(٦٠) في الاصل : الخارجة .

(٦١) في الاصل : لتقدمه شراء على يد الداخل ، وما اثبتناه عن س ب .

(٦٢) ب : مستأجر .

ذو اليد عن دعوى ذلك بلا خلاف أيضا •

نعم لو ادعى ذو اليد ان العين^(٦٤) بيده باجارة صدق على أحد الوجهين بدعواه ، اما عند سكوته فلا ذاهب اليه ، ولا^(٦٥) نعرف فيه خلافا •

والدليل على صحة ما ذكرناه ، انه لو ادعى عليه ثمن مبيع باعه منه وسلمه اليه فاجابه^(٦٦) بالابتياح ، وقبضه المبيع ، وان الثمن ما ذكره البائع المدعي ، وقال : ولا يلزمني تسليم الثمن اليه ، أو ما يستحق عليّ هذا الثمن ولا شيئا^(٦٧) منه ، فهذا لا يسمع منه اجماعا ، وان امكنه براءته منه •

[٢٧٥] وهكذا لو ادعى [عليه]^(٦٨) انه اتلف عليه ثوبا قيمته عشرة دراهم تعديا ، أو خطأ ، بغير اذن المالك ، وطالب بقيمته ، فقال مجيبا : اتلفته^(٦٩) بغير اذنك وهو ملكك ، ولكن ما تستحق عليّ قيمته ولا شيئا منها ، فلا يسمع أيضا [منه]^(٧٠) اجماعا مع امكان البراء •

[٢٧٦] ولو قالت : تزوجني هذا تزويجا صحيحا ، بولي مرشد ، وشاهدي عدل على صداق مائة دينار ، وسلمت نفسي اليه ، ودخل بي ،

(٦٣) ب : لا يناف ، وفي الاصل : لا يقام ، وما اثبتناه عن س •

(٦٤) س : ان المتعين •

(٦٥) س ب والمطبوعة : (لا) بسقوط الواو •

(٦٦) س ب والمطبوعة : فاجاب •

(٦٧) في الاصل : ولا شيء •

(٦٨) الزيادة من س ب •

(٦٩) ب والمطبوعة : فقال مجيبا : انا عبته •

(٧٠) الزيادة من س •

فقال مجيباً : تزوجتها كما ذكرت ، [على ما ذكرت] (٧١) من الصداق ، ودخلت بها ، ولكنها ما تستحق على هذا الصداق ، ولا شيئاً منه ، فلا يسمع منه على المذهب الصحيح الذي لا يجوز خلافه .

وحكى فيه وجهه عن الشيخ أبي عاصم العبادي (٧٢) ، في فتاويه (٧٣) ، انه يسمع منه والقول قوله في نفى الصداق ، ولم يذكر أحد من الاصحاب هذا الوجه (٧٤) في كتب المذهب ، ولا ذكره الشيخ أبو عاصم في انكار الثمن في البيع (٧٥) .

والسبب في عدم قبول انكاره ، مع امكان البراءة ، انه اعترف بالسبب الشاغل لذمته ، فلا يسمع منه نفية ، الا بدعوى قبض ، أو براءة ، فهكذا في مسألتنا ، قيام البيئة للخارج سبب (٧٦) ظاهر في ثبوت الملك له ، وترجيح

(٧١) الزيادة من س ب .

(٧٢) س : ابي عاصم البغدادي ، وابو عاصم : هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله بن عباد الهروي الامام الجليل القاضي أبو عاصم العبادي الفقيه الشافعي صاحب المؤلفات كالزيادات والهادي وطبقات الفقهاء وأدب القضاء الذي شرحه أبو سعد الهروي في كتابه الاشراف على غوامض الحكومات وكان حافظاً للمذهب ، بحراً يتدفق بالعلم ، وكان معروفاً بغموض العبارة غزير النكت والغرائب في الفقه تتلمذ على جماعة من الفقهاء المشهورين منهم الشيخ أبو طاهر الزيادي وأبو اسحاق الاسفرايني بنيسابور وهرقة وغيرهما توفي سنة ٤٥٨هـ انظر ترجمته في طبقات السبكي ١٠٤/٤ رقم ٢٩٦ ، وفيات الاعيان ٢١٤/٤ رقم ٥٨٦ ، الوافي بالوفيات ٨٢/٢ رقم ٣٩٢ ، شذرات الذهب ٣٠٦/٣ ، طبقات ابن هداية الله ٥٦ ، المعبر ٣٤٣/٣ .

(٧٣) فتاوى الشيخ أبي عاصم ذكرها حاجي خليفة باسم فتاوى العبادي (انظر كشف الظنون ١/١٢٢٦) .

(٧٤) س : هذا الوجه في انكار الثمن .

(٧٥) س : المبيع .

(٧٦) س : فتقام بيئة الخارج بسبب .

جانبه ، فاذا انضم اليها تصديق الداخل بها تأكد الظهور ، وقوى جانب المشهود له بالملك ، واعترف بما وجب^(٧٧) عليه التسليم اليه ، فيلزمه^(٧٨) التسليم قولاً واحداً ، وان ادعى ناقلاً فعلية بيانه ، أو ما يقتضي ابقاؤه في يده ، فعلية اظهاره ، واثباته [٣٩/ب] قولاً واحداً ، أو اظهار الدعوى^(٧٩) به على أحد الوجهين ان كان اجارة •

[٢٧٧] واما مذهب الشيخ القفال والفوراني في الجواب المردد^(٨٠) ، فهو مذهب ضعيف ، فان حق الجواب ان يكون جزماً ، كما تكون الدعوى جازمة ، وليس هذا^(٨١) كما لو قال : غصب مني عينا لي ، قيمتها درهم ، واطلب منه ردها بعينها ان كانت قائمة ، أو تسليم قيمتها ان كانت هالكة^(٨٢) ، فان هذه الدعوى مقبولة كذلك ، مع ان فيها نوع تردد ، لكن انما قبلت^(٨٣) كذلك ، لانه صرح فيها بما هو حكم الغصب ، بخلاف مسألة النزاع •

[تخيير المدعي بين تحليفه المدعى عليه وبين اقامته البينة]

[٢٧٨] ثم مهما أجاب المدعى عليه بالانكار ، يخير المدعي بين أحلافه • وبين اقامة البينة •

(٧٧) س والمطبوعة : يوجب •

(٧٨) س : فيلزم •

(٧٩) س ب والمطبوعة : أو اظهاره والدعوى به •

(٨٠) س : المردود •

(٨١) ب والمطبوعة : وليس كما لو قال هذا غصب مني • وفي س :

وليس كما قال هذا غصب •

(٨٢) ب : هلكت •

(٨٣) في الاصل : مع ان فيها نوع تردد ، وان قبلت كذلك ، والتصحيح

من س ب •

فان اقام بينة عادلة عمل بموجبها •
ولو قال للقاضي : لي بينة حاضرة ، ولكن لا اقيمها ، فحلفه ،
فله ذلك •

[نفي المدعي وجود بينة لديه ثم يريد اقامتها بعد ذلك] •

[٢٧٩] وان (٨٤) قال : ليست لي بينة ، لا (٨٥) حاضرة ، ولا
غائبة (٨٦) ، فحلفه القاضي ثم اراد اقامة البينة هل له ذلك (٨٧) ، وقبل
بينته ؟

فيه وجهان أصحهما عند الشيخ أبي علي انها لا تسمع (٨٨) •
[٢٨٠] ولو قال : كل بينة لي فهي بينة زور ، أو كاذبة ، هل

(٨٤) س : ولو قال •

(٨٥) ب : ولا •

(٨٦) في هامش ب وردت لفظة (فحلفه) اثبتتها محقق المطبوعة في المتن
فكانت العبارة فيها على الوجه الآتي : (ولا غائبة فحلفه فحلفه
القاضي) فيكون اللفظ الاول فعلا أمرياً والثاني فعلا ماضياً ،
وهذه اللفظة لم ترد في الاصل ولا في نسخة س •

(٨٧) في س وفي المطبوعة : ثم اراد اقامة البينة بعد ذلك ، فهل تقبل
بينته ؟ وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(٨٨) في نسخة س : فيه وجهان الصحيح انها تسمع •• (كذا) وما
اثبتناه عن الاصل وعن ب ، وقد ذكر الماوردي انه قد اختلف
الاصحاب في سماعها على وجهين : احدهما وهو قول الاكثرين : انه
لا يسمعها منه ، لانه قد اكذبها بانكارها ، والثاني وهو محكي عن
أبي سعيد الاصطخري انه يسمعها منه ، لانه قد لا يعلم ان له بينة
ثم يعلم ، ولو علم لكان ذلك كذباً منه ولم يكن تكذيباً للبينة (انظر
أدب القاضي ٣٥٢/٢ - ٣٥٣ الفقرة ٣٤٦١ وما بعدها) وذكر
الشيخ أبو اسحاق ثلاثة اوجه فانظر المذهب ٣٠٣/٢ •

تسمع بيته بعد ذلك ؟

فيه وجهان ، الاصح^(٨٨) عند الشيخ أبي اسحاق^(٩٠) انها تسمع بكل حال .

[٢٨١] وهكذا لو قال المدعي ، بعد اقامة البيعة : كذب شاهداي ، وشهدا باطلا^(٩١) ، سقطت بيته هذه ، وهل تبطل دعواه في الاصل ؟ فيه وجهان ، اظهرهما عند الامام لا تبطل .

[تعليف المدعي عليه]

[٢٨٢] وان اختار تعليف المدعي عليه ، فله ذلك ، فاذا طلب من الحاكم احلافه ، عرض الحاكم عليه اليمين ، وخوفه بالله تعالى من الاقدام عليها كاذبا ، فان بذل اليمين احلفه اليمين الشرعية .

وسباني ذكر كيفيتها وألفاظها في موضعه ان شاء الله تعالى^(٩٢) .
[٢٨٣] فلو حلف المدعي عليه قبل احلاف الحاكم له ، لم يحسب بها قولاً واحداً .

[٢٨٤] ولو قال له الحاكم : احلف بالله تعالى ان هذا المدعي لا يستحق عليك^(٩٣) تسليم ما ذكره^(٩٤) ، ولا تسليم شيء منه ، فحلف

(٨٩) س : فيه وجهان الصحيح انها تسمع بكل حال عند الشيخ أبي اسحاق . وما أثبتناه عن ب وعن الاصل .

(٩٠) انظر المهذب ٣٠٣/٢ .

(٩١) س ب والمطبوعة : وشهدا بباطل .

(٩٢) سيرد ذلك بعد قليل .

(٩٣) في الاصل : لا يستحق عليّ .

(٩٤) ب : ما ذكر .

المدعي عليه ، لا باحلاف الحاكم ، ولكن بأذنه ، هل يحتسب بها ؟
فيه وجهان •

[٢٨٥] ولو حلفه الحاكم قبل طلب المدعي منه اليمين ، المشهور انها
لا تحتسب ^(٩٥) . [١/٣٧]

وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : فيه وجهان الأصح ، وهو
اختيار ابن سريج ، انه يعتد بها ، ولا تعاد ، لأنه لما انكر ، توجهت اليمين
عليه ^(٩٦) شرعا ، فكان للحاكم تحليفه •

[٢٨٦] ولو قال له الحاكم ^(٩٧) : قل : والله ، فقال المدعي عليه :
بالله ، أو بالعكس هل يجعل ناكلا ؟ فيه وجهان ، ذكرهما الشيخ أبو علي •

[امتناع المدعي عليه من اليمين]

[٢٨٧] ولو امتنع المدعي عليه عن اليمين ، لم يسأله الحاكم عن
سبب امتناعه •

فلو ذكر بنفسه عذرا من نظر ^(٩٨) في حساب ، أو سؤال وكيله ،
أو غير ذلك من الاعذار الساتفة ، وطلب الامهال [في اليمين] ^(٩٩) قال
الامام : لا يمهل أصلا •

[٢٨٨] وإذا ظهر ^(١٠٠) امتناعه جعل ناكلا ، بخلاف المدعي ، اذا

(٩٥) س : لا تحسب •

(٩٦) لفظة (عليه) سقطت من س ب ومن المطبوعة •

(٩٧) أعيدت هنا في نسخة س العبارات السابقة فجاءت الجملة فيها على
الوجه التالي : (ولو قال الحاكم : عليك تسليم ما ذكره ولا تسليم
شيء منه .. الى آخره) •

(٩٨) في الاصل من نظر أو حساب ، وما اثبتناه عن س ب •

(٩٩) الزيادة من س •

(١٠٠) س : ولو ظهر •

طلب الامهال في اليمين المردودة ، للنظر في الحساب ، امهل ثلاثا .
وقال الماوردي^(١٠١) : يمهل المدعى عليه ما قل من الزمان ، ولا
يمهل ثلاثا .

وقال البغوي : لا يمهل المدعى عليه^(١٠٢) الا برضا المدعي .
وقيل يمهل المدعي عليه ثلاثا بخلاف المدعي ، فانه لا يضيق عليه
في اليمين المردودة اذا طلب الامهال ، للنظر في الحساب .
وقال الشيخ أبو اسحاق^(١٠٣) : اذا امتنع المدعى عليه من اليمين
لم يسأل عن سبب امتناعه ، فان بدأ وقال : امتنعت لانظر في الحساب^(١٠٤)
امهل ثلاثا^(١٠٥) لانها قريبة ولا يمهل أكثر منها .

[النكول]

[٢٨٩] اما اذا لم يذكر سببا لامتناعه ، ولا طلب الامهال ، للنظر في
الحساب ، ولا غيره ، واصر على امتناعه ، قال له الحاكم : اما ان تحلف ،
والا جعلتك ناكلا .

والمستحب ان يكرر عليه^(١٠٦) ذلك ثلاثا .

-
- (١٠١) انظر أدب القاضي للماوردي : ٣٥٣/٢ الفقرة ٣٤٦٨ وقابل ذلك
بما ذكره في ٣٥٩/٢ الفقرة ٣٤٩٩ .
(١٠٢) س ب والطبوعة : المدعى عليه لا يمهل الا برضا المدعي .
(١٠٣) انظر المهذب ٣٠٢/٢ ، وقد سقطت هذه العبارة من س .
(١٠٤) العبارة المبتدئة بقوله : (وقال الشيخ أبو اسحاق :) المنتهية
هنا سقطت من س .
(١٠٥) س : ثلاثة أيام .
(١٠٦) لفظة (عليه) سقطت من ب .

فإن حلف (١٠٧) والألا جعله ناكلا ، بمعنى ان اليمين تصير بعد [النكول] (١٠٨) والقضاء به ، في جانب المدعي حقا له ، حتى لو عاد المدعي عليه بذل اليمين بعد القضاء عليه بنكوله ، لم يحلف قولا واحدا ، لأنها (١٠٩) صارت حقا للمدعي .

[٢٩٠] ومما يستحسن قبل القضاء على المدعي عليه بنكوله عن اليمين اعلام القاضي له (١١٠) ، انه يقضي عليه بنكوله كما ذكرناه ، ان لم يصر على اصراره ، متمتا من اليمين .

فلو لم يعلمه القاضي بذلك ، وامتنع ، ولكن كان المدعي عليه لا يعلم ان امتناعه من اليمين مع القضاء بالنكول عليه ، يوجب رد اليمين الى جانب المدعي ، فهل من شرط القضاء عليه بنكوله اعلامه بموجبه أم لا (١١١) ؟ [٣٧/ب]

فيه احتمال ، ذكره الامام .

[٢٩١] والنكول يحصل بعد امتناع المدعي عليه من اليمين واصراره ، بقول القاضي : جملتك ناكلا او قضيت عليك بالنكول .

[٢٩٢] ولو التفت الى المدعي ، واقبل عليه بوجهه هاما بنحليفه يمين الرد ، هل هو بمنزلة القضاء بالنكول ؟ فيه وجهان .

[٢٩٣] ولو قال له : قل بالله ، اعني للمدعي ، فهو قضاء بالنكول .

(١٠٧) في الاصل : فإن اجاب .

(١٠٨) الزيادة من س ب .

(١٠٩) ب : الا انها .

(١١٠) لفظة (له) سقطت من س ب ومن المطبوعة .

(١١١) جاء في هامش الاصل هنا قوله : الاصح انه لا يشترط اعلامه .

[٢٩٤] ولو قال له (١١٢) : احلف بالله ، [أو احلف] (١١٣) ،
فهو كالقضاء بالنكول عند الامام •

وقال البغوي : قوله : احلف كقوله : اتحلف ، فليس بنكول ،
قال (١١٤) الامام [هذا] •

هذا كله اذا لم يصرح المدعى عليه بالنكول ، أو بالامتناع (١١٥) •
[٢٩٥] اما اذا قال : نكلت عن اليمين ، أو أنا ناكل ، أو لست
احلف ، فالذي أراه انه لا حاجة والحالة هذه الى قضاء القاضي بالنكول ،
بل هو بمثابة اقرار المدعي عليه بالحق •

[٢٩٦] ولو جرى القضاء بنكول المدعى عليه ، وصيرورة اليمين في
جنبه (١١٦) المدعى ، فلو رضي المدعي بتحليف (١١٧) المدعى عليه بعد ذلك ،
وبذلها (١١٨) المدعى عليه ، هل يحلف ؟
فيه وجهان ، اظهرهما انه يحلف •

(١١٢) لفظة (له) سقطت من ب س والمطبوعة •

(١١٣) الزيادة من ب س •

(١١٤) في الاصل : وقال الامام : هذا كله اذا لم يصرح •• الى آخر
العبارة ، والتصحيح والزيادة من س ب •

(١١٥) في الاصل (الامتناع) وما اثبتناه عن ب س ، وما ذكره محقق
المطبوعة من انها وردت كذلك في نسخة ب فليس بصحيح ، بل
وردت فيها كما اثبتناه في المتن •

(١١٦) س : جانب ، وفي الاصل : في جهة ، وما اثبتناه عن ب •

(١١٧) س ب والمطبوعة : يحلف •

(١١٨) س : وتركها المدعى عليه •

[رد اليمين على المدعى]

[٢٩٧] ولو طلب المدعي احلاف المدعى عليه حيث صحت (١١٩) دعواه عليه ، فرد المدعى عليه اليمين على المدعى ، وطلب احلافه من غير ان جرى (١٢٠) امتاع ولا قضاء بنكول ، صح ، وصارت اليمين في جنبه (١٢١) المدعى أيضا لاحقا لازما له ، كما اذا قضي على المدعى عليه بالنكول ، فلو رام المدعى عليه احلافه (١٢٢) بعد ذلك لم يجوز ، لان مصيرها في جنبه (١٢٣) المدعى حق لازم له ، فلا يجوز ابطالها (١٢٤) ، والله اعلم .

القسم الثالث من (١٢٥) اجوبة المدعى عليه ، السكوت :

- (١١٩) ب س والمطبوعة : حيث صحح .
 (١٢٠) (جرى) كذا في الاصل وفي س ب أيضا . وقد دونت في المطبوعة (يجري) .
 (١٢١) س : جانب .
 (١٢٢) حذف محقق المطبوعة لفظة (احلافه) الواردة في الاصلين الذين اعتمدهما ووضع بدلها لفظة (الحلف) وقال ان لفظة (احلافه) خطأ ، وعلل ذلك بقوله : (لان المقصود ان يطلب المدعى عليه الحلف بنفسه وليس ان يطلب الحلف من المدعي) هذا ما فاه وفاته ان الفقرة ابتدأت بقوله (ولو طلب المدعى احلاف المدعى عليه حيث صحت دعواه عليه فرد المدعى عليه اليمين على المدعى وطلب احلافه ٠٠) الى آخره فلينظر ذلك . وما اثبتناه عن الاصل فضلا عن النسختين س ب ، هو الصواب .
 (١٢٣) س : جانب .
 (١٢٤) س : ابطالها عليه .
 (١٢٥) في الاصل وفي س : القسم الثالث في اجوبة المدعى عليه بالسكوت . وما اثبتناه عن ب .

[٢٩٨] وإذا (١٢٦) ادعى (١٢٧) المدعى على المدعى عليه بحق صحيح ، دعوى صحيحة [محروقة] (١٢٨) وتمين على المدعى عليه الجواب سكت ، ولم يقر ولم ينكر ، قال له الحاكم : اجب دعواه .

فان (١٢٩) أصر على السكوت قال له الحاكم : ان لم تجب ، والا جعلتك ناكلا ، واحلف المدعى على دعواه ، ويستحق عليك .

فان اصر على الامتناع والسكوت استحب ان يكرر الحاكم ذلك عليه ثلاثا ، فان تكلم بجواب ، والا حلف المدعى على استحقاق ما ادعى به على المدعى عليه . [١/٣٨]

[فاذا حلف باحلاف الحاكم ثبت الحق على المدعى عليه] (١٣٠) .

فقد حصل (١٣١) ان السكوت قريب [من] (١٣١) الانكار من المدعى عليه ، فانهما في الحكم المذكور سواء .

[٢٩٩] هذا تمام الكلام في الفصل الاول في الدعوى (١٣٣) وكيفيتها وشروطها (١٣٤) وجواب المدعى عليه وحكمه .

★ ★ ★

(١٢٦) س ب والمطبوعة : فاذا .

(١٢٧) س : فاذا ادعى على المدعى عليه .

(١٢٨) الزيادة من س ب .

(١٢٩) س ب : فاذا ، وفي المطبوعة : فاز ، وما اثبتناه عن الاصل .

(١٣٠) الزيادة من س ب .

(١٣١) في الاصل : فقد جعل ، وما اثبتناه عن س ب .

(١٣٢) الزيادة من س ب .

(١٣٣) في الاصل : في الدعوى .

(١٣٤) س : وشروطها .

الفصل الثاني

في يمين المدعي^(١)

[٣٠٠] ومتى صارت اليمين في جنبته^(٢) ، اما بنكول المدعى عليه
[بعد جوابه عن الدعوى بالانكار ، أو^(٣) بسكوته^(٤) ، أو بصريح رده
اليمين على المدعي]^(٥) كما تقدم تفصيله في الفصل الاول^(٦) فلا يخلو :

- اما ان ينكل^(٧) عن اليمين
- أو يحلف^(٨) باحلاف الحاكم

[نكول المدعي عن اليمين]

[٣٠١] فان نكل عنها ، سأله الحاكم عن سبب نكوله ولا يحكم
بنكوله حتى يسأله عن سببه *

[٣٠٢] والفرق بينه وبين المدعى عليه ، حيث لم يسأله الحاكم عن
سبب نكوله ، ان بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين

-
- (١) ب : في يمين المدعى عليه ، وهو سهو وجاء في هامشها : لعله المدعى *
 - (٢) س : في جانبه *
 - (٣) ذكر محقق المطبوعة ان لفظة (أو) قد زاحما من عنده ، وهي موجودة في الاصلين اللذين اعتمدهما *
 - (٤) س : سكوته *
 - (٥) الزيادة من ب س *
 - (٦) س ب : في الفصل قبله ، واضيفت لفظة (الاول) في هامش ب *
 - (٧) في الاصل وفي نسخة ب : اما ان حلف ، وما اثبتناه عن س *
 - (٨) في الاصل وفي نسخة ب : أو حلف ، وما اثبتناه عن س *

عليه ، فلم يجوز للمحاكم التعرض لاسقاطه ، بسؤال المدعى عليه ، وبكول المدعى لا يجب لغيره حق ، فجاز سؤاله عن سبب امتناعه •

[طلب المدعي الامهال في اليمين]

[٣٠٣] فان طلب الامهال في اليمين ، لينظر^(٩) في حساب ، أو غيره^(١٠) ، أو ليقيم بينة بذلك ، انظر ، ولا يضيق عليه في المدة ، ويترك^(١١) ما ترك^(١٢) •

[٣٠٤] والفرق بينه وبين المدعى عليه ، حيث قلنا : اذا طلب الامهال امهل ثلاثة أيام فقط ، ان بتأخير يمين المدعى عليه يتأخر حق المدعى من اليمين بخلاف عكسه •

[بذل المدعي اليمين بعد امتناعه]

[٣٠٥] ولو قال : امتنعت من اليمين ، لاني ما اخترت الحلف ، حكم بنكوله ، حتى لو عاد بذل اليمين ، لم يحلف في هذه الدعوى ، لأنه اسقط حقه منها ، فان عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى وانكر المدعى عليه ، ونكل عن اليمين ، أو سكت ، أو ردها على المدعي وطلب يمينه ، حلف حينئذ •

(٩) س ب والطبوعة : لنظر •

(١٠) س : وغيره •

(١١) ب : وترك •

(١٢) ورد في حاشية الاصل عبارة (الاصح ان يضيق عليه في المدة ويمهل ثلاثة أيام) وهو سهو ، قال الماوردي : وان استمهل للنظر في حسابه امهل (أدب القاضى ٢/٣٥٧ الفقرة ٣٤٨٨) وقال أبو اسحاق : ويترك ما تارك (المهذب ٢/٣٠٢) •

[إقامة المدعي شاهدا واحدا ليحلف معه بعد تكوله عن يمين الرد]

[٣٠٦] ولو نكل المدعي عن يمين الرد ، فاقام^(١٣) شاهدا واحدا ،
ليحلف معه ، هل يجوز احلافه مع شاهده ، والحالة هذه ؟

فيه قولان : قال الشيخ أبو اسحاق والبهوي^(١٤) : الاصح له ذلك ،
[ويحلف]^(١٥) لأن هذه اليمين مع الشاهد غير اليمين الاولى التي نكل
عنها ، لاختلاف سببها ، لأن اليمين الاولى المردودة سببها نكول المدعي
عليه ، واليمين الثانية سببها شهادة الشاهد^(١٦) .

وذكر الشيخ أبو علي هذين القولين ، وعللهما بما ذكرناه ، ثم
قال : والاصل في هذا ان كل من ثبتت اليمين في جنبته^(١٧) في خصومة ،
فنكل عنها ، هل له ان يحلف يمينا أخرى في ذلك^(١٨) في تلك
الخصومة ؟ [٣٨/ب] فيه قولان . قال : وعلى هذا لو ادعى على غيره
مالا ، واقام شاهدا واحدا ، وابتى ان يحلف مع شاهده وطلب احلاف
المدعي عليه ، فلم يحلف ، هل للمدعي ان يحلف ؟ فيه قولان .

(١٣) س ب والطبوعة : واقام .

(١٤) ذكر محقق الطبوعة ان عبارة النسخة ب كما يلي (أبو اسحاق
البهوي) يستقوط الواو ، والصحيح ان العبارة فيها كما اثبتناه
في المتن .

(١٥) الزيادة من س ب .

(١٦) انظر قول أبي اسحاق في المهذب ٣/٢٠٢ وهو الذي نص عليه
المزني في المختصر ٢٥٥/٥ .

(١٧) س : جانبه .

(١٨) قوله : (في ذلك) ليس في ب س ولا في الطبوعة .

[يمين الرد بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البيئة ؟]

[٣٠٧] اما اذا حلف المدعى يمين الرد ، وجب له الحق •
واختلف قول الشافعي رضي الله عنه في يمين المدعي مع نكول
المدعى عليه هل هي بمنزلة اقرار المدعى عليه ، أو بمنزلة بيئة اقامها
المدعى (١٩) ؟

فيه قولان ، والصحيح عند الجماعة كلهم ، انها بمنزلة الاقرار (٢٠) •
وان جعلناها (٢١) كالبيئة ، فالصحيح انها لا تجعل كالبيئة في حق ثالث ،
بل في حق المدعى عليه • وفيه وجه انها تعمل في حق ثالث •

[٣٠٨] وبنى الاصحاب على هذا الخلاف احكاما ، من جعلتها
[ما] (٢٢) لو ادعى خارج على داخل (٢٣) عينا في يده ، انها ملكه ،
فقال الداخل (٢٤) ليست لي ولا لك ، بل هي لزيد مثلا ، وكان زيد
حاضرا ، فصدقه (٢٥) في الاقرار له ، سلمت العين الى زيد الحاضر ،
وانتقلت الخصومة اليه •

(١٩) انظر كلام الشافعي في ذلك في الام ٢٧٩/٦ ، المختصر من كلام
الشافعي ٢٥٥/٥ •

(٢٠) انظر رأي الشافعية في ذلك في المذهب ٣٠٢/٢ ، نهاية المحتاج
٣٣٧/٨ مغني المحتاج ٤٧٨/٤ •

(٢١) في المطبوعة : جعلناه ، و (هو سهو) وما اثبتناه عن الاصل وعن
س ب •

(٢٢) الزيادة من س ب •

(٢٣) س ب : خارجي على داخلي •

(٢٤) ب : الداخلي •

(٢٥) ب س والمطبوعة : وكان زيد حاضرا فاحضره الحاكم فصدقه ••
بزيادة لا مبرر لها •

وهل للمدعي الخارج تحليف الداخل المقر لزيد ؟
 ان قلنا : يغرم^(٢٦) لو أقر له لحيلولة^(٢٧) بالاقرار لزيد ،
 حلف^(٢٨) .

وان قلنا : لا يغرم له ، لو أقر له ، لم يحلف^(٢٩) .

فان قلنا : يحلف^(٣٠) ، فطلب يمينه ، فنكل الداخل المقر عن
 اليمين ردت على الخارج المدعي ، فاذا حلف ، وقلنا^(٣١) : [ان]^(٣٢)
 يمين الرد كاليمينه ، قال [بعض]^(٣٣) الاصحاب : تنزع^(٣٤) العين من
 يد زيد المقر له بها ، وتسلم الى هذا الخارج الحالف ، لأن يمينه
 المردودة على هذا الغرض بمنزلة يمينه اقامها بالملك له .

ولو اقام يمينه انها ملكه ، سلمت اليه ، فكذا في يمين الرد ، اذا فرعنا
 على انها كاليمينه المقامة .

ومن أصحابنا من قال - وهو الصحيح - ان العين لا تنزع^(٣٥)
 من يد زيد الحاضر المقر له بها ، بل يقتصر على وجوب القيمة للمدعي
 الخارج ، على المقر الداخل المدعي عليه أولا ، لأن اليمين المردودة

(٢٦) س والطبوعة : نغرمه .

(٢٧) س : بحيلولة .

(٢٨) ب س والطبوعة : حلفه .

(٢٩) ب س والطبوعة : لم يحلفه .

(٣٠) ب س والطبوعة : يحلفه .

(٣١) ب : فاذا حلف ان قلنا . وفي س والطبوعة فاذا حلف فان قلنا .

(٣٢) الزيادة من س ب .

(٣٣) الزيادة من س ب ، وسيرد ذكر بعضهم الآخر بعد قليل .

(٣٤) س ب والطبوعة : تنزع .

(٣٥) س ب والطبوعة : تنزع .

لا تجعل كاليئة الا في حق الراد المدعى عليه ، ولا يتعداه الى ثالث (٣٦) .

[٣٠٩] قال الامام : ثم فرع بعض المتكلمين (٣٧) من أصحابنا [على هذا الوجه] (٣٨) الضعيف شيئا يوجب بطلانه ، فقال : اذا استردنا العين من يد الثالث المقر له وسلمناها الى المدعى الخارج يمينه المردودة [٣٩/أ] تقريرا منا على انها بمنزلة ينة اقامها ، فهل لزيد هذا (٣٩) المقر له الذي اخذت العين من يده ان يغرم الداخل المقر أولا ، الناكل عن يمين المدعي قيمة العين ، قائلا له : لو حلفت يميننا صادقة بارة ما أخذ هذا المدعي العين مني ، فصار نكولك سببا لازالة يدي ؟

فيه وجهان ، اصحهما لا يغرم (٤٠) شيئا ، لانه يقول : لا يلزم مني ان احلف لك ، وعلى ان لا أقر لعيرك اذا علمت مستحقا .

[٣١٠] هذا ما ذكره الامام ، وعليه (٤١) بحث وهو ان لقائل ان يقول : اذا كان هذا المقر الداخل اولا يعلم (٤٢) استحقاق زيد المقر له لهذه العين المقر بها ، ويعلم عدم استحقاق المدعى لها ، فلا بعد (٤٣) في ان تجب عليه اليمين التي طلبها المدعي الظالم في زعمه واعتقاده ، منها

(٣٦) س : ولا يتعدى الى ثالث .

(٣٧) في الاصل : المتكلمين ، وهو تصحييف .

(٣٨) الزيادة من س ب .

(٣٩) في الاصل وفي س ب : فهل لهذا زيد ، وما اثبتناه يقتضيه السياق

وهو موافق لما في المطبوعة .

(٤٠) ب س والمطبوعة : يغرمه .

(٤١) في الاصل : وهو عليه بحث .

(٤٢) في الاصل : أو لا يتهم (وهو تصحييف) وفي س : أو لا يعلمه ،

وما اثبتناه عن ب .

(٤٣) فلا بعد كذا في الاصل وفي ب س ، وقد جعلها محقق المطبوعة :

(فلا بد ان تجب) .

انه عن اخذها ، او اخذ قيمتها التي لا يستحقها ، وهي يمين صادقة ،
لا ضرر عليه فيها ، مائة للغير من الظلم ، واكل مال الباطل •

[٣١١] ومن جملتها ما لو قال : هذا الثوب الذي في يدي لاحد
هذين الرجلين ، طوبى بالتعيين ، فاذا عين واحدا تعين ، وهل للثاني
تحليفه ؟ يتبي على انه لو أقر للثاني ، هل يغرم له قيمة الثوب (٤٤) ؟
فيه قولان :

فاذا قلنا : يغرم ، فله تحليفه •

وان قلنا : لا يغرم ، فالذهب القطع بانه (٤٥) لا يحلف •

وابعد بعض الاصحاب فقال : اذا قلنا : ان يمين الرد بمنزلة البينة
حلفناه ، فان نكل رددناها على الثاني ، فاذا حلف قضينا له بالثوب (٤٦) ،
لأن على هذا القول : يمين الرد بمنزلة البينة المقامة •

قال الامام : وهذا غلط ، وذلك (٤٧) لأن يمين الرد بمنزلة
البينة (٤٨) في حق التااكل لا في حق ثالث •

ثم فرع بعض الاصحاب على هذا الوجه الغلط فرعا بعيدا فقال :

اذا أخذنا (٤٩) الثوب من المعين (٥٠) أولا ، وسلمناه الى من حلف

(٤٤) س : قيمة العين •

(٤٥) س : انه •

(٤٦) س : بالتعيين •

(٤٧) (وهذا غلط وذلك لأن) كذا في الاصل وفي س ب ، وقد قرأها

محقق المطبوعة (وهذا غلط وزلل لأن ••) •

(٤٨) في ب والمطبوعة : لأن يمين الرد كالبينة •

(٤٩) س : أخذنا العين •

(٥٠) س والمطبوعة : من المقر أولا ••

يمين الرد ، فهل يغرمه التاكل الاول من جهة تسييه بنكوله الى أخذ الثوب^(٥١) منه ؟ فيه طريقان ، وكل هذا خبط^(٥٢) عظيم ، ومجاوزه حد ، وسييه تفريع على وجه بعيد •

[٣١٢] ومن جملتها ما لو كان بين اثنين عقد شركة في مال ، ومن جملة المال عبد بينهما ، فباع احدهما جميع العبد باذن شريكه بالف ، وتصادق الشريك الموكل^(٥٣) والمشتري ، ان البائع قبض جميع الالف من المشتري [٣٩/ب] وانكر الوكيل القبض ، فاذا اختصم الموكل والبائع ، فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض فلو نكل البائع عن اليمين وحلف الموكل استحق نصيبه ، وهو خمسمائة على الوكيل ، ثم الوكيل هل يطالب المشتري بخمسمائة أخرى هي حصة نفسه ؟

المذهب : نعم ، ولا يسقط ذلك بنكوله عن اليمين ، وحلف الموكل . وفيه وجه ، انا اذا قلنا : ان يمين الرد كالينة سقطت مطالبته بحصته ، وتصير يمين الموكل المردودة كينة اقامها على قبض الوكيل^(٥٤) البائع جميع الثمن من المشتري ، تفريعا على ان يمين الرد كالينة •

[٣١٣] ومن جملتها : ما اذا اذنت المرأة لولين متساويين في تزويجها ، واذنت^(٥٥) لكل واحد منهما ان يزوجها مطلقا ، ولم تعين زوجا ، وصححنا هذا الاذن ، فزوجها كل^(٥٦) واحد من زوج ، فاذا

(٥١) س : اخذ العين منه •

(٥٢) س : خطا عظيم •

(٥٣) س : وتصادقا الشريك والموكل والمشتري (كذا وهو سهو) •

(٥٤) س : الموكل (وهو تصحيف) •

(٥٥) ب : اذنت (بسقوط الواو) •

(٥٦) س ب والمطبوعة : فزوجها كل ولي من زوج •

ادعى كل واحد منهما على المرأة انه هو السابق في صورة الجهل بالسبق ،
فان اقرت لاحدهما بسلمت اليه ، وهل تحلف للآخر ؟

ان قلنا : نكرم له ، حلفت ، والا فلا •

فان قلنا : نكرم وحلفت ، فان حلفت سقطت دعوى^(٥٧) الثاني ،
وان نكلت ردت اليمين على الثاني ، فان حلف حصل مع الاول
الاقرار^(٥٨) ومع الثاني اليمين المردودة •

فان^(٥٩) قلنا : انها كالينة حكم بالنكاح الثاني ، لأن الينة مقدمة
على الاقرار •

وان قلنا : انها بمنزلة الاقرار ، وهو الصحيح ، ففيه وجهان :
احدهما : يحكم بطلان النكاحين ، لأن مع الاول اقرارا^(٦٠) ،
ومع الثاني ما يقوم مقام الاقرار ، فاستويا •

والثاني : انه يحكم بالنكاح للاول ، لأنه سبق الاقرار له ، فلا
يبطل باقرار بعده •

[٣١٤] ومن جملتها : اذا نكل المدعى عليه عن اليمين بعد عرضها
[عليه]^(٦١) وحلف المدعي ، فأراد المدعى عليه بعد ذلك ان يقيم شاهدين
على ان الضيقة^(٦٢) المدعى بها ملكه •

(٥٧) ب : الدعوى •

(٥٨) س ب والمطبوعة : اقرار •

(٥٩) في الاصل : وان •

(٦٠) في الاصل وفي نسخة ب : (اقرار) بالرفع وهو سهو ، وفي س :
الاقرار •

(٦١) الزيادة من س ب •

(٦٢) س : الصيغة (وهو تصحيف) •

قال القاضي حسين في التعليقة^(٦٣) : ينبغي^(٦٤) على ان يمين الرد كالبينة أو كالأقرار ، ان قلنا : كالبينة فله ذلك ، وان قلنا كالأقرار ، فلا ، كما لو أقرتم ارادة اقامة البينة .

وحكى البغوي هذه المسألة في فتاوى القاضي حسين ، وقال^(٦٥) : تفكر القاضي في هذه المسألة ايما ، ثم قال : ان قلنا ان يمين الرد كالبينة^(٦٦) سمعت ، وان قلنا كالأقرار لم تسمع ، قال البغوي : والذي عندي انها [٤٠/أ] تسمع . وان قلنا : ان يمين الرد كالأقرار ، لأنه ليس بصريح اقرار ، انما هو مجرد نكول ، فلا يجوز ان يجعل اقرارا يمين المدعي ، واختار البغوي هذا المذهب في التهذيب .

[٣١٥] وأنا أقول : ما ذكره البغوي مختارا لنفسه بعيد ، والذي ذكره شيخه القاضي اصح ، بيانه : أن^(٦٧) يمين الرد ما ذهب أحد الى انها صريح اقرار من المدعي عليه ، وانما جعلت على الاصح بمنزلة اقرار المدعي عليه ، بمعنى ان^(٦٨) حكمها حكم الاقرار منه ، ومن حكم^(٦٩) اقراره الصريح انه لا يسمع منه اقامة بينة على نقيضه ، فان قال : المشبه بالشيء اضعف من ذلك الشيء^(٧٠) ، فهو كالأقرار في

(٦٣) ب س والمطبوعة : في التعليق ، وما اثبتناه عن الاصل وعن طبقات السبكي ٣٥٦/٤ رقم الترجمة ٣٩٣ ، وكشف الظنون ١/٤٢٤ ، ووفيات الاعيان ١٣٤/٢ رقم ١٨٣ .

(٦٤) والمطبوعة : ينبغي .

(٦٥) ب والمطبوعة : فقال .

(٦٦) في المطبوعة : كالبينة وهو خطأ مطبعي .

(٦٧) س : بيانه هو ان .

(٦٨) ب : لأن .

(٦٩) س : ومن حكم الاقرار الصريح من المدعي عليه اقامة بينة .

(٧٠) ب : بالشيء .

بعض الأحكام دون بعض ، قلنا : لا نسلم أولا انها كالأقرار في بعض الأحكام ، بل في جميعها ، وإن سلمنا ذلك ، ولكن لم قال : انها اقرقا في هذا الحكم المعين وهو سماع البينة منه بعد تقديمها^(٧١) .

[٣١٦] وإنما يرد على القاضي في هذه المسألة ، ان من مذهبه الذي سذكروه عنه في موضعه ، وخالف فيه الشافعي وجميع الاصحاب ، واختاره مذهبا لنفسه ان^(٧٢) من اقر بعين لزيد ، وسلمها اليه ، وتصرف فيها مدة ، ثم ادعى المقر على المقر له ان العين المقر بها ملكه مطلقا ، ولم يضيف الملك الى سبب نقلها من هذا^(٧٣) المقر له ، قال : تسمع دعواه وبينته بالملك المطلق .

والمذهب ضد هذا ، وإن دعواه وبينته بالملك المطلق لا تسمع ، ما لم يضيف الملك له الى سبب حصل من هذا المقر له ، نقل الملك اليه بعد اقراره الاول له ، من بيع أو هبة ، أو اقرار يظهر به الناقل المبهم .

إذا عرف ان مذهب القاضي ان الأقرار السابق لا يناقض البينة الشاهدة للمقر بقبض اقراره ، فينبغي على مساق مذهبه وقياسه ان بينته تسمع ، اعني بينة المدعى عليه بعد نكوله عن اليمين ، وبعد حلف المدعي ، سواء قلنا انها كالبينة أو كالأقرار ، لأنه اذا سمع بينة المقر بعد سبق اقراره الصريح فادعى ان يسمع^(٧٤) بينته اذا نكل ، ونزلنا نكوله ويمين المدعي منزلة الأقرار .

(٧١) في الاصل : بعد تقديمها ، وفي س : بَعْدَ بَعْدٍ فِيهَا ، وما ثبتناه عن ب .

(٧٢) ب : وإن .

(٧٣) س : من يد المقر .

(٧٤) في الاصل وفي نسخة س : تسمع .

الفصل الثالث

في المسائل التي يتقدم فيها رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعي عليه عنها

وهي [ست] (١) •

المسألة [١/٤٠] الأولى :

[في اخذ الزكاة من الاغنياء]

[٣١٧] اذا طلب الساعي الزكاة من رب المال ، فقال : قد ادينها ،
أو قال : لم يحل الحول بعد ، أو قال : بعت (٢) النصاب في أثناء الحول ،
ثم اشتريته ، أو قال : هو (٣) في يدي لذمي ، أو مكاتب ، فان اتهمه
الساعي احلف ، واليمين مستحبة أو مستحقة ؟ فيه وجهان •

فان قلنا : انها مستحبة ، فان حلف خلي ، وان نكل خلي أيضا •
وان قلنا باستحقاقها ، فان حلف (٤) ترك ، وان نكل ، قال الشيخ
أبو علي : ان كانت القرية صغيرة ، وفقراؤها متعینون (٥) ، وقلنا لا يجوز

(١) الزيادة من س ب ، وفي أدب القاضي لابن القاصر خمس مسائل
(الورقة ١٧/ب) •

(٢) س ب والمطبوعة : أو قال بعتها في أثناء الحول ثم اشتريتها •

(٣) س ب والمطبوعة : هي •

(٤) العبارة (وان نكل خلي أيضا وان قلنا باستحقاقها فان حلف)

سقطت من س فجاءت العبارة فيها : فان حلف ترك وان نكل
قال الشيخ أبو علي ••

(٥) س : معينون •

نقل الزكاة فترد اليمين عليهم ، وان كانت بلدة^(٦) كبيرة يكثر المستحقون فيها ، ففيه أربعة اوجه^(٧) .

احدها^(*) : لا شيء عليه ، لأننا^(٨) لو حكمنا عليه بالزكاة كان قضاء بالنكول المجرد ، ولا سبيل اليه عندنا ، وليس هنا من يحلف يمين الرد .

والثاني : انه تؤخذ منه الزكاة ، وليس هذا قضاء بالنكول ، بل اخذت منه بأقراره السابق ، لأن الظاهر ان القسم^(٩) له ولم يبعها ، فهو مقرر في الحقيقة بالزكاة مدع سقطها .

والثالث : وهو الاعل الاصح ، انه ان أقر بوجوبها ثم ادعى ما يسقطها^(١٠) لم تقبل دعواه ، وتؤخذ منه ، وان لم يقر بسبب انوجوب ، لم تؤخذ منه .

والرابع : انه يجبس حتى يقر أو يحلف .

وذكر الامام هذه الالوجه ، وضمف الجبس ، واختاره^(١١) [الشيخ]^(١٢) ابو اسحاق في مسألة سنذكرها عقيب هذه المسألة^(١٣) .

(٦) س : بلدا .

(٧) انظر الالوجه الاربعة في روضة الطالبين ٤٧/١٢ - ٤٨ .

(*) في المطبوعة : احدهما (وهو خطأ طباعي) .

(٨) ب س والمطبوعة : لانه .

(٩) ب : ان المقيم (وهو تصحيف) .

(١٠) س : ما يسقط .

(١١) س ب والمطبوعة : واختار الشيخ ابو اسحاق الجبس في

مسألة ..

(١٢) الزيادة من س ب .

(١٣) س : هذه المسألة يحلف .

المسألة الثانية (١٤)

(في موت المدعي ولا وارث له)

[٣١٨] اذا ادعى رجل على رجل دينا ، وانكر المدعي عليه ، فمات المدعي ، ولم يخلف وارثا غير المسلمين قال الشيخ أبو اسحاق (١٥) : فيه وجهان :

احدهما : يقضى عليه بالنكول للضرورة .

والثاني ، وهو المذهب : انه لا يقضى عليه بالنكول ، بل يحبس (١٦) حتى يخلف أو يقر .

وذكر الشيخ أبو علي هذه المسألة ، وذكر فيها هذين الوجهين ، ثم قال : ويجيء فيها الوجه الثالث الاظهر ، وهو انه لا شيء عليه أصلا ، لأنه ليس هنا دلالة ظاهرة على ثبوت المال عليه .

وذكر الامام هذه المسألة والوجهين فيها (١٧) ، وأشار الى امكان تخريج الوجه الثالث ، وذكر ان شيخه أبا محمد كان يقول : يخليه (١٨) ، ولا يقضى عليه ، قال الامام : ولا حاصل لهذا .

(١٤) هذه المسألة لم يذكرها ابن القاص في أدب القاضي ضمن المسائل

التي يتعذر رد اليمين فيها انظر الورقة ١٧/ب .

(١٥) انظر المسألة في المذهب لابن اسحاق ٣٠٢/٢ - ٣٠٣ ، وقد جاء

في حاشية الاصل قوله : (هذا الذي صححه الشيخ أبو اسحاق

هو المصحح في الروضة) وانظر الروضة للنووي ٤٩/١٢ .

(١٦) س : بالحبس .

(١٧) س ب : فيه .

(١٨) في الاصل : يخلفه (وهو تصحيف) وعبارة نسخة س : وذكر ان

شيخه أبا محمد ما يقول : يحبس .

المسألة الثالثة :

[في المطالبة بالجزية]

[٣١٩] إذا غاب ذمي في بعض السنة ، ثم عاد مسلماً بعد تمام الحول ، [٤١/أ] فطولب بالجزية ، فقال : اسلمت قبل الحول ، فستقط . وهذه^(١٩) المسألة مفرعة على سقوط الجزية بالاسلام في أثناء الحول ، على أحد القولين ، وفيه^(٢٠) ثلاثة أوجه :

- أحدهما^(*) : لا يؤخذ منه شيء أصلاً .
- والثاني : وهو الاظهر ، انها تؤخذ منه ، وليس هذا قضاء بالنكول ، بل الاصل اشتغال ذمته بها ، ما لم يظهر اسلامه .
- والثالث : انه يحبس حتى يقر أو يحلف .

المسألة الرابعة :

[في دعوى الاسير الانبات بالنواء]

[٣٢٠] إذا اسرنا طائفة من أهل الحرب ، فوجدنا منهم من قال : لست ببائع ، كشفنا عن^(٢١) سودته ، فإن وجدناه انبت قتلناه .

-
- (١٩) في الاصل : وهذه الجزية مفرعة على سقوط الجزية .. وهو سهو وما اثبتناه عن ب من .
- (٢٠) ب س والمطبوعة : ففيه .
- (*) في المطبوعة : أحدهما وهو خطأ مطبعي .
- (٢١) ب س والمطبوعة : مؤتزرة .

فلو قال : داويت واستمجلت ، فان جعلنا الانبات عين^(٢٢) البلوغ قتلناه ، وان جعلناه دلالة على البلوغ ، حلفناه على دعوى المبالغة ، فان حلف لم تقتله وان ابى نص الشافعي انه يقتل ، وهذا قضاء بالنكول .

هذا قول^(٢٣) الامام ، ثم قال : [و^(٢٤)] في هذا النص وقفات ، منها : انه قد ادعى الصبا ، وتحليف من يدعيه متناقض^(٢٥) ، لكن قال الشيخ أبو علي : عولنا في تحليف على ظاهر الانبات ، مع انه مشكل مع هذا .

وفيه وجه : انه يحبس حتى يتحقق بلوغه فيقتل ، أو يتحقق صباه فلا يقتل . وهذا^(٢٦) مشكل أيضا ، فيحتمل ان يقال : لا يقتل ، بل يدام عليه الحبس الى ان يحلف ، أو يقر بأنه لم يستمجل ، فيقتل .

هذا ما ذكره الامام .

وقال الشيخ أبو علي في شرحه : اذا قال : استمجلت ، ونكل عن اليمين ، فيه وجهان : احدهما : لا يقتل حتى يتحقق بلوغه ، والثاني وهو المنصوص : انه يقتل ، وليس هو قضاء بالنكول ، بل [الظاهر ان]^(٢٧) الانبات حصل بنفسه ، من غير علاج ، فدعواه العلاج غير^(٢٨) الظاهر ، فيقتل .

(٢٢) س : عن البلوغ .

(٢٣) س : هذا الى الامام .

(٢٤) الزيادة من س ب .

(٢٥) س : مناقض .

(٢٦) ب والمطبوعة : وهو .

(٢٧) الزيادة من س وقد سقطت من الاصل ومن نسخة ب .

(٢٨) س والمطبوعة : خلاف الظاهر .

المسألة الخامسة :

[في دعوى الصبي سهم المقاتلة]

[٣٢١] لو طلب صبي من صبيان المرتزقة سهمًا من سهم المقاتلة ، وذكر أنه احتلم ، قال قول قوله ، فيحلف ويأخذ ، وإن^(٣٠) نكل حكم عليه بالنكول ، ولم يعط السهم ، قاله صاحب التلخيص^(٣١) .
وفال الشيخ أبو زيد^(٣٢) وغيره : إذا احتمل دعواه الاحتلام ، بل قوله من غير يمين ، واعطى سهم المقاتلة .
ومن الاصحاب من وافق التلخيص ، وقال : لا يقبل قوله من غير يمين .

(٢٩) ب والمطبوعة : فان .

(٣٠) صاحب التلخيص هو أحمد بن أبي أحمد ، أبو العباس ، المعروف بابن القاص الطبري . وقد مرق ترجمته ، ولم أجد هذه المسألة في كتابه أدب القاضي في باب تفريع مسائل النكول ورد اليمين في الورقة ١/١٨ - ١٨/ب ، ولعله ذكره في كتابه التلخيص اذ عبارة المؤلف تشعر بذلك .

(٣١) الشيخ أبو زيد : وهو محمد بن أحمد بن نبيل الله بن محمد الفاشساني أبو زيد المروزي ، أحد الفقهاء الشافعيين الحافظين واحسنهم نظرا ، وازهدهم في الدنيا ، منسوبا الى فاشان قرية من قرى مرو ، وقد جاور بمكة على علو السن مدة ثم رجع الى مرو وتوفي فيها سنة ٣٧١هـ انظر طبقات السبكي ٧١/٣ رقم ١١٠ ، تبين كذب المفتري ١٨٨ ، وفيه انه استفاد من أبي الحسن الاشعري شذرات الذهب ٧٦/٣ ، طبقات الشيرازي ٩٤ ، طبقات العبادي ٩٣ ، المعبر ٣٦٠/٢ ، وفيات الاعيان ٢٠٨/٤ رقم ٥٨١ ، وانظر بعض المسائل عنه في كتاب الاشراف على غوامض الحكومات الورقة ١/٢٧ ، وروضة الحكام : الورقة ٢٦/ب .

فعلی هذا ان حلف اخذ ، وان نكل ففيه^(٣٢) وجهان : احدهما يعطى السهم والثاني لا يعطى . [٤١/ب]

المسألة السادسة :

[في بيع الولي مال الطفل]

[٣٢٢] الولي اذا باع مال الطفل في موضع يجوز له بيعه ، ثم وقع نزاع بينه وبين المشتري في قدر الثمن ، أو صفته ، أو أجله ، هل يتحالفان ؟ فيه وجهان :

فان قلنا : لا يتحالفان ، فلا كلام .

وان قلنا : يتحالفان ، فسيه انه امر يتعلق بانشاء الولي واقراره مقبول فيه .

[٣٢٣] فلو ادعى الولي على انسان حقا لا يتعلق بانشاءه ، كاتلاف شيء من مال الصبي ، فانكر المدعى عليه ، فطلب^(٣٣) يمينه ، فنكل ، هل يحلف الولي ؟

المذهب انه لا يحلف ، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول ، بل يؤخر الامر الى بلوغ الصبي ليحلف^(٣٤) أو ينكل .

وقال بعض أصحابنا تفرعا على هذا المذهب : اذا كان الولي لا يحلف أو نكل المدعى عليه ، فلا معنى لعرض اليمين على المدعى عليه

(٣٢) ب س والطبوعة : فيه .

(٣٣) س : وطلب .

(٣٤) س : فيحلف .

الآن ، لانه لا يعجز^(٣٥) عن النكول ، بل يؤخر عرض اليمين بالكلية الى بلوغ الصبي .

والاصح ان للولي عرض اليمين على المدعى عليه ، وان^(٣٦) قلنا لا يحلف الولي لو نكل المدعى عليه ، وفائدة عرضها عليه^(٣٧) رجاء اقراره خوفا من اليمين .

وذهب بعض أصحابنا الى ان اليمين ترد على الولي اذا نكل المدعى عليه بالاتلاف ، فيحلف الولي ويأخذ الصبي .

وهذا الوجه بعيد ، لكنا نذكر هذه الوجوه لغرابتها ، وحسنها ، ولنعلم^(٣٨) ان المسألة من المجتهدات .

فهذا ما ذكره الامام في مواضع ، من جملة الاختلاف بين الزوجين في الصداق ، فيلزم على مساق هذا الوجه ان الولي لو أقام شاهدا واحدا بحق مالي للصبي انه يحلف مع الشاهد ، ولكن لا صائر اليه فيما علمته^(٣٩) .

وسيه ان يمين الرد بمنزلة اقرار المدعى [عليه]^(٤٠) فكانه^(٤١) لما نكل ورد اليمين اقر بالحق ، فظهر ، فقوى جانب الولي ، فيحلف ، بخلاف اليمين مع الشاهد ، وفيه احتمال مع ذلك ، والمعلم عند الله تعالى .

(٣٥) س : ثلثا يعجز .

(٣٦) ب : فان ، وفي حاشيتها كتب مصححها : لعله وان .

(٣٧) س : وفائدة عرضها عليه ان جاز رجاء اقراره .

(٣٨) في الاصل : فعلم .

(٣٩) ب س والمطبوعة : فيما اعلمه .

(٤٠) الزيادة من س ب ، وفي نسخة س زيادة هي قوله بعدها : على أحد

القولين ، ولم ترد هذه الزيادة في الاصل ولا في ب .

(٤١) س : فكان .

الفصل الرابع

في قاعدة اليمين على البت ، وعلى النفي ، والتحالف
بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يديهما
وحكم تحالف المتبايعين [٤٢/أ] وفي كيفية اليمين
والفاظها وتغليظها

النظر الاول

في قاعدة يمين النفي والبت

[٣٢٤] فكل (١) من حلف على فعل نفسه حلف على البت نفيًا
كان أو اثباتًا ، ومن نفي (٢) فعل الغير فاليمين (٣) على نفي العلم .
[٣٢٥] مثال الاول ظاهر ، اما في طرف الاثبات فيحلف على
الاستحقاق مثلا ، أو على نفيه بتا في الطرفين ، فيقول : والله لقد بعثك
داري ، أو لقد اشتريت دارك ، والله لقد اقضتك الفاء ، أو لقد اقترضت
مني الفاء ، أو قد (٤) باعك أبي داره ، أو لقد (٥) اشتريت من أبي داره ،

(١) س ب والمطبوعة : وكل .

(٢) س ب والمطبوعة : ومن ينفي .

(٣) (فاليمين) كذا في الاصول الثلاثة ، وقد وضع محقق المطبوعة بدلها
كلمة (حلف) وحصرها بين معكوفتين اشارة الى زيادتها وعلق
عليها في الهامش بقوله : (الكلمة من عندي بحسب مقتضى السياق
وفي الاصل مكانها : فاليمين وكذا في النسخة الاخرى) ، ولا حاجة
لكل ذلك فان لفظة الاصل دالة على المراد .

(٤) ب : لقد ، س : ولقد ، وفي المطبوعة : او لقد ، وما اثبتناه عن
الاصل .

(٥) س : او لقد اشترى ابي دارك .

[أو] ^(٦) لقد اقرضك أبي درهما ، أو لقد اقترضت من أبي درهما •
[هذا في الاثبات] ^(٧) •

ويقول في النفي : والله مالك علي هذا الالف ، ولا شيء منها
بوجه ، ولا سبب •

وقوله : ولا شيء منها واجب ^(٨) •

وقوله : بوجه ولا سبب مستحب ، فان تركه جاز •

ولو قال : والله لا يستحق علي شيئا كفى واجزا ^(٩) ، ولا تلزمه
الزيادة عليه •

[٣٣٦] ومثال الثاني : ان يدعي مدع على أبيه مالا ، فيحلف
الوارث بالله لا يعلم ذلك على أبيه •

وفي ذلك مسائل متفق عليها ، ومسائل ^(١٠) مختلف فيها ،
نسردها ^(١١) مسألة ^(١٢) ، ليسهل تناولها ان شاء الله تعالى •

(٦) الزيادة من س •

(٧) الزيادة من س ب •

(٨) ب : واجب قوله وقوله •

(٩) في المطبوعة : واجزى ، وهو بمعناه •

(١٠) قوله : (ومسائل) ليس في س ب والمطبوعة •

(١١) س : نوردها •

(١٢) (مسألة مسألة) كذا وقد علق محقق المطبوعة هنا على هذه اللفظة
بقوله كتب في الاصل بين السطرين كما في الاصل (ولا وجود لهذا
الكلام في الاصل الذي اعتمدته وهو نسخة ب عندنا •

المسألة الأولى

[الحلف على جنابة عبده]

[٣٢٧] إذا ادعى مدع على عبد الغير جنابة ، وأفضى الحال الى يمين السيد ، ففيه وجهان :

احدهما : يحلف على نفي العلم ، لأنه ينفي يمينه جنابة عبده ، وهذا غيب لا يطلع^(١٣) عليه ، فصار كنفي فعل الغير •

والثاني انه يحلف على البت ، لأن فعل عبده بمثابة فعله ، ويقلب^(١٤) اطلاعه على أفعال عبده •

وبنى الاصحاب هذا الخلاف على ان الارش يتعلق بذمة العبد ، أو برقبته ، فان قلنا : يتعلق بذمته ، فهو المستقل بالالتزام ، والرقبة مرتبهة فيحلف السيد والحالة هذه على نفي العلم ، وان قلنا : ان الارش يتعلق برقبته ، فالعبد على هذا يده^(١٥) كيد السيد ، فيحلف السيد على البت •

[٣٢٨] ولو اتلفت بهيمة^(١٦) زرع انسان ، أو ماله ، على وجه يقتضي وجوب الضمان على مالکها ، فاذا آل^(١٧) الامر الى اليمين ، فيحلف على البت قطعا ، اذ لا ذمة للبهيمة بحال الارش عليها ، بخلاف العبد •

(١٣) س : ولا عيب يطلع عليه (كذا) •

(١٤) س : ويقلب على الظن اطلاعه على أفعال عبده ، وقد ورد في حاشية الاصل قوله : الثاني أصح ، وهو ان يحلف على البت •

(١٥) ب س والمطبوعة : ويده (بزيادة واو) وهو سهو لأن الجملة تبقى ناقصة وما اثبتناه عن الاصل •

(١٦) س : بهيمته مال انسان أو زرعه •

(١٧) س : فادى الامر •

المسألة الثانية :

[دعوى الدين على الاب]

[٣٣٩] قال القاضي ^(١٨) أبو الطيب الطبري : اذا ادعى رجل على رجل ان له [٤٢/ب] على ابيه شيئا ^(١٩) ، فصحة دعواه موقوفة ^(٢٠) على ثلاثة شروط : دعوى موت الاب ، و [تعيين الدين ووصفه ، ودعوى] ^(٢١) انه خلف تركة فيها وفاء الدين .

فاذا حرر دعواه بهذه الشروط ، وطلب يمين الابن المدعى عليه بعد انكاره ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل ان اياه لم يمت ، وانه لم يخلف تركة وانها تقصر عن الدين .

[٣٣٠] فاذا أراد ان يخلف ان اياه ما مات ، قال القاضي أبو الطيب : الذي يجيء على مذهب أصحابنا : انه يخلف على نفي العلم ، لانه نفي لفعل غيره ، فيخلف بالله ^(٢٢) لا يعلم موت أبيه .

وقال أبو العباس بن القاص ^(٢٣) : يخلف [بالله] ^(٢٤) ان اياه ما مات على البت والقطع .

قال : ولم يذكر ^(٢٥) تعليلا ، وتعليله ظاهر ^(٢٦) ، انه يمكنه

(١٨) في نسخة س والمطبوعة : قال القاضي حسين وابو الطيب الطبري .

(١٩) ب س والمطبوعة : ان له على أبيه مالا .

(٢٠) س : متوقفة .

(٢١) الزيادة من س ب .

(٢٢) س : فيخلف بالله انه لا يعلم .

(٢٣) انظر هذه المسألة في كتابه أدب القاضي الورقة ١٤/ب .

(٢٤) الزيادة من ب س .

(٢٥) س : ولم يذكر له تعليلا ، وهو ما ثبته محقق المطبوعة .

(٢٦) س ب والمطبوعة : وتعليله ظاهر وهو انه .

الاحاطة به ، كأن (٢٧) يكون عنده في داره ، فيعلم موته يقينا .
قال : والمذهب انه يحلف على نفي العلم .

قال : ولو حلف على التركة ، قال ابن القاص (٢٨) : يحلف بالله ،
ما وصل اليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لحقه ، ولا شيء منه ، ولا يحلف
انه ما خلف أبوه شيئا ، لأنه وان خلف شيئا ولم يحصل في يده (٢٩)
منه شيء لا يلزمه القضاء (٣٠) ، وانما يلزمه قضاء دين أبيه اذا وصل
اليه شيء من تركته .

هذا ما ذكره القاضي أبو الطيب .

وقال الهروي (٣١) ، انه اذا ادعى [على] (٣٢) وارث ميت دينا
على الميت ، فانكر الوارث (٣٣) موت الأب حلف على البت عندنا ، وعند
أبي حنيفة (٣٤) يحلف على نفي العلم ، وقال أبو زيد المروزي (٣٥) :

(٢٧) س ب والمطبوعة : لأنه قد يكون عنده .

(٢٨) انظر أدب القاضي لابن القاص الورقة ١٤/ب .

(٢٩) س : في يده شيء منه .

(٣٠) س : لا يلزمه قضاء دين أبيه الا اذا وصل اليه شيء من تركته .

(٣١) انظر الاشراف في أدب القضاء وغوامض الحكومات للهروي الورقة
١/٢٧ .

(٣٢) الزيادة من س ب .

(٣٣) س : وارث الميت .

(٣٤) في الاشراف : وعند أبي حنيفة على العلم . . وبشأن هذه المسألة
عند الحنفية انظر فتح القدير ١٨٠/٦ ، رد المحتار ٥٥٢/٥ ، درر
الحكام ٣٣٨/٢ .

(٣٥) قول الفقيه أبي زيد المروزي تجده في الاشراف للهروي الورقة ١/٢٧
والكلام ما يزال للهروي .

ان مات (٣٦) حاضرا حلف على البت ، وان مات (٣٧) غائبا حلف على نفي العلم (٣٨) .

قلت انا : ذكر القاضي أبو الطيب هذه الشروط [الثلاثة] (٣٩) واهمل شرطا لا بد منه [رابعا] (٤٠) وهو دعواه ان في يد (٤١) هذا الوارث المدعى عليه من تركه الميت ما يفي بالدين ، واشترط هذا ظاهر .

المسألة الثالثة :

[يمين وكيل البائع]

[٣٣١] اذا نصب البائع وكيلًا بقبض الثمن ، وتسليم المبيع ، فقال المشتري لهذا الوكيل : موكلتك سلم المبيع اليّ ، وابطل حق العجز ، وانت تعلم .

قال ابن القاص (٤٢) : فيه قولان .

(٣٦) في الاصل : ان كان ، وما اثبتناه عن ب س وعن الاشراف الورقة ١/٢٧ .

(٣٧) في الاصل : وان كان غائبا ، وما اثبتناه عن س ب وعن الاشراف الورقة ١/٢٧ .

(٣٨) س : على نفي العلم والبت اما ما ذكره . . وفي الاشراف : وان مات غائبا على العلم قال القاضي أبو سعد قوله يحلف على البت على موت أبيه مذهب غريب (الاشراف الورقة ١/٢٧) .

(٣٩) الزيادة من س ب .

(٤٠) الزيادة من س ب .

(٤١) س : في يد وارث الميت .

(٤٢) انظر رأي ابن القاص في كتابه أدب القضاء الورقة ١/١٥ ، ولم يذكر فيه ابا زيد المروزي لأن ابن القاص توفي قبل أبي زيد ، وعليه فتكون العبارة : (وهو اختيار أبي زيد المروزي) الآتية : هي من قول المؤلف

أحدهما : يحلف على نفي العلم •
والثاني : وهو اختيار أبي زيد المروزي^(٤٣) : أنه يحلف على
البت ، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع •

المسألة الرابعة :

[اليمين على الطلاق]

[٣٣٢] إذا ابهم طلاقاً بين نسوة ، وكان قد نوى واحدة ، فادعت
منهن واحدة أنه أرادها ، وانكر ، فيحلف على البت •

[٣٣٣] ولو طلق واحدة معينة منهن ، ثم نسي ، [٤٣/أ] فادعت
واحدة منهن أنه طلقها فلا يقبل قوله : أنه نسي ، بل عليه الحلف على
البت ، أنه ما طلقها ، فإن نكل حلفت على البت^(٤٤) وحكم لها •

[٣٣٤] وفي مسألة التعليق على الغراب ، إذا قالت واحدة منهن :
إن كان هذا الطائر^(٤٥) غراباً فانا طالق ، وانكر الزوج ، فعليه أن
يحلف على البت ، أنه لم يكن غراباً ، أو ينكل حتى تحلف الزوجة
على البت ، أنه^(٤٦) كان غراباً •

[٣٣٥] ولو علق على دخولها ، أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكفني
منه يمين واحدة ، على نفي العلم بالدخول •

لا من قول ابن القاص ولعل المؤلف نقل ذلك من كتاب الاشراف
الورقة ٢٧/أ فإن الجملة بمينها فيه بتأخير قوله (وهو اختيار ابن
زيد المروزي) على قوله (يحلف على البت) •
(٤٣) انظر رأي أبي زيد المروزي في الاشراف الورقة ٢٧/أ •
(٤٤) في الاصل : حلف وما اثبتناه عن س ب •
(٤٥) ب س والمطبوعة : ان كان الطائر (يحذف لفظة : هذا) •
(٤٦) س : أنه غراب •

ذكر هذا الامام •

[٣٣٦] وقال الغزالي ، لما حكى هذا عن الامام ، قال : هكذا حكاه امامي ، قال (٤٧) : وليس يتبين لي فرق بينهما أصلا ، بل ينبغي ان يكون عليه يمين جائزة في الصورتين ، أو نكول (٤٨) في المسألتين جميعا •

قلت انا : هكذا قاله الغزالي في الوسيط ، ومن العجيب يوجه العجز (٤٩) عن الفرق بين المسألتين ، وعندي : ان الفرق بينهما ظاهر جدا ، وذلك لأن تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليق على فعل متجدد (٥٠) من زيد قطعا ، فيحلف يمينا نافية على نفي العلم [لأن كل من حلف على فعل غيره هل (٥١) وجد الفعل من ذلك الغير أو لا حلف على نفي العلم] (٥٢) به •

اما تعليق الطلاق على كون هذا الطائر المشار اليه [الذي وجد طيرانه] (٥٣) غرابا ، فليس تعليقاً على فعل الغير ، بل تعليقاً على كون هذا الطائر المشاهد موصوفاً بصفة كونه غرابا ، واذا لم يكن تعليقاً على فعل الغير ووجوده ، بل على تحقق (٥٤) كونه غرابا ، حلف من ينفي وجود الصفة الحقيقية على البت ، بان هذه الصفة لم توجد ، لأنه ليس ينفي فعل غيره •

(٤٧) س والمطبوعة : وقال •

(٤٨) س : أو يكون (وهو تصحيف) •

(٤٩) في الاصل : بالعجز وما اثبتناه عن ب س •

(٥٠) س : متحد •

(٥١) س : هل وجد ذلك من غيره أو لا •

(٥٢) الزيادة من س ب •

(٥٣) الزيادة من س ب •

(٥٤) س ب والمطبوعة : على تحقق حقيقة كونه غرابا •

وايضاح هذا الفرق عدم الموازنة بين المسألتين ، ومتى اتحدتا اتحد الحكم في صفة اليمين فيهما ، فوزان قوله : ان كان هذا الطائر غرابا فأنت طالق ، بعد مشاهدة طيرانه ، والجهل بحقيقته ، هل هو غراب ■ أو حمام مثلا ، قوله : و [قد]^(٥٤) تحقق دخول رجل الى الدار ، ووجوده^(٥٦) فيها ، وجهل من هو ، هل هو زيد أو عمرو ؟ فقال : ان كان هذا الرجل الكائن في الدار زيدا فأنت طالق ، ثم فقد الرجل ، وجهل من كان ، واختلفا ، فان النافي لكونه كان زيدا بخصوصيته يحلف على البت ، كنظيره في مسألة الغراب •

ووزانه في مسألة الغراب ان يعرف طائرا حقيقته انه غراب ، وهو غير طائر ، بل واقف ، فقال : ان طار هذا الطائر الغراب المشار اليه فأنت طالق ، ثم فقد الطائر واختلفا ، هل طار ذلك الطائر المشار اليه [٤٣/ب] المنحلف على طيرانه ، أو مات مثلا ، ولم يطر^(٥٧) بعد اليمين ، فان النافي لطيرانه يحلف على نفي العلم قطعا •

فظهر بما ذكرناه الفرق الذي اردناه بين المسألتين^(٥٨) •

★ ★ ★

(٥٥) الزيادة من س ب •

(٥٦) في الاصل : ووجد •

(٥٧) س : ولم يظهر •

(٥٨) س ب : بين المسألتين المستطورتين •

النظر الثاني

في كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين

في دار هي في يدهما

[متى يكون التحالف ومتى لا يكون]

[٣٣٧] اما المتبايعان ، فاذا اختلفا في قدر الثمن تحالفا قولا واحدا • وكذلك اذا اختلفا في الشروط التي يقبلها العقد ^(١) ، كالاجل والكفيل والرهن ، وكذلك ^(٢) اذا قال : بعثك هذه ^(٣) العين بألف دينار ، فقال : بل بألف درهم ، فيتحالفا ^(٤) ولو قال : بعثتي هذا العبد بألف مئينة ^(٥) هي هذه ، فقال : بل بعثك هذه الجارية بالالف ^(٦) المئينة ، تحالفا قولا واحدا •

[٣٣٨] اما اذا قال له : بعثك هذا العبد بألف درهم في ذمتك ، فقال : بل بعثتي هذه الجارية بألف درهم في ذمتي ، فهل يتحالفا ؟ فيه وجهان •

[٣٣٩] ولو قال : بعثك هذه الدار بألف ، فقال ، بل وهبتها ،

(١) ب : العقل ، وهو تصحيف •

(٢) س ب والمطبوعة : وكذا •

(٣) ب : هذا •

(٤) في الاصل وفي نسخة ب : يتحالفا •

(٥) في الاصل : بألف معين وهي هذا •

(٦) في الاصل : بالالف المعين ، وفي ب س : بالالف درهم المئينة ، وهو

ما ثبتته محقق المطبوعة •

- فإنذهب انه ليس من صور التحالف ، بل تفصل الخصومة بطريقها^(٧) .
وفيه وجه حكاه الامام وغيره من المراوزة انهما يتحالفان ، وفي طريقة^(٨)
العراق : لا خلاف في انهما في هذه المسألة لا يتحالفان^(٩) .

[٣٤٠] واما الخيار المكاني والزمني ، فقال القاضي حسين : لا يجرى فيه تحالف ، لقدرة كل واحد [منهما]^(١٠) على الفسخ .

قال الامام : وهو غير سديد ، لأن التحالف ليس موضوعا للفسخ ، لكن ليخاف^(١١) واحد منهما ، فيرجع ، ويشبث العقد بيمين الصادق منهما . قال : ولهذا^(١٢) اجرى التحالف في القراض والجمالة مع تمكن كل واحد من فسخه ، لأن حكمة التحالف ترقب^(١٣) خوف احدهما ورجوعه ، فيثبت العقد الجائز بيمين الآخر الصادق ويستمر على الصحة . نعم ، اذا جرى التحالف بينهما^(١٤) ، ولم ينكف احدهما عن اليمين ، وقع التفاسخ ضروريا رآه الشرع بعد جريان التحالف .

-
- (٧) انظر مغني المحتاج ٩٧/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٧/٤ .
(٨) في الاصل : وفي طريقة الغراب ولا خلاف . وما اثبتناه عن ب س .
(٩) ب : لا يتحالفان ، وفي س : وفيها انهما لا يتحالفان .
(١٠) الزيادة من س .
(١١) في المطبوعة : (ليحالف كل واحد منهما) ثم علق محققها على لفظة (كل) بقوله : (اللفظ من عندي لتقدير صحة الكلام وليس موجودا في نسخة الاصل) وذلك سهو منه ، لأن التحالف وضع ليخاف واحد منهما هو الكاذب فيرجع انظر نهاية المحتاج ١٦١/٤ وسيذكر المؤلف بعد سطرين ان حكمة التحالف ترقب خوف احدهما ورجوعه . . فليُنظر .
(١٢) س ب والمطبوعة : جرى .
(١٣) س : لأن حكم التحالف يرتب .
(١٤) ب س والمطبوعة : منهما .

ثم قال [الامام] ^(١٥) بعد هذا : ومساق هذا الكلام يقتضي ان تحالف المتعارضين ^(١٦) لا يجرى قبل الشروع في شيء من العمل ^(١٧) ، اذ لا معنى له ، بل يمكن ان يقال ^(١٨) : نجعل نفس تناكرهما تفاسخا . ولهذا نظائر ، من جعلتها نص الشافعي رضي الله عنه على ان دعوى [٤٤/أ] الرجعة من الزوج رجعة ، نعم ، ان عمل عامل القراض شيئا عاد النزاع الى مقصود آخر ، وهو اجرة مثله .

قلت : ولهذا تمة ليس من غرضنا تحقيقها ، فان الغرض ههنا ذكر كيفية التحالف ، والرمز ^(١٩) الى أصل المسألة . وهكذا نجري التحالف في اختلاف المتأجرين ^(٢٠) والمتساقين ، وفي الكتابة والصداق كنظيره في البيع .

[كيفية التحالف]

[٣٤١] اذا عرفت ^(٢١) هذا فالنظر الآن في كيفية التحالف ،

-
- (١٥) الزيادة من س .
 - (١٦) س : المتقارضين .
 - (١٧) س : من العلم .
 - (١٨) ب س والمطبوعة : ان يقول .
 - (١٩) ب : والزمن (وهو تصحيف) وفي س : فان الغرض بنا ههنا الزم الى أصل المسألة ، وفي المطبعة : فان الغرض ههنا ذكر كيفية التحالف ، والعودة الى أصل المسألة ، وحصر المحقق كلمة العودة بين مكوفتين وقال : الكلمة من عندي وما اثبتناه هنا عن الاصل هو الصواب .
 - (٢٠) ب والمطبوعة : المتأجرين والمتسابقين (وهو تصحيف) وما اثبتناه عن الاصل وعن س .
 - (٢١) س : عرف .

والمنصوص في البيع ان البداءة بالبائع ، وكذلك في السلم بالمسلم اليه ،
وفي الكتابة بالسيد ، وهو بائع أيضا •
ونص في النكاح على البداءة بالزوج^(٢٢) ، وهو في رتبة^(٢٣)
المشتري •

فمن الاصحاب من قال : في الكل قولان • ومنهم من فرق ، ومنهم
من قال : يقرع الحاكم بينهما ، ومنهم من قال : يتخير^(٢٤) الحاكم ما شاء
من ذلك •

[صورة اليمين]

[٣٤٢] وصورة اليمين ان يجمع البائع بين النفي والاثبات بيمين
واحدة ، يبدأ فيها بالنفي ، فيقول : والله ما بعته بخمسمائة ، ولقد بعته
بألف ، ويقول المشتري : والله ما اشتريته بألف ، ولقد اشتريته
بخمسمائة •

وقال أبو سعيد الاصطخري^(٢٥) : تجب البداءة بالاثبات في الطرفين
والأول أصح •

[٣٤٣] هذا أحد القولين ، وهو المنصوص ، وفيه قول انه لا يجمع
في يمين واحدة بين النفي والاثبات ، بل يحلف البائع على النفي فقط ،

(٢٢) ب : بالبائع (وهو سهو) وفي س : بالمشتري (وهو سهو أيضا)
وفي هامش ب : بالمتزوج ، وهو ما اختاره محقق المطبوعة وما أثبتناه
عن الاصل •

(٢٣) س ب والمطبوعة : مرتبة •

(٢٤) س : يجوز القاضي ما شاء منهما • وانظر بشأن هذه المسألة مغني
المحتاج ٩٦/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٢/٤ •

(٢٥) قول أبي سعيد الاصطخري تجده في كتاب الاشراف الورقة ٤٥/ب •

ثم يحلف المشتري على النفي^(٢٦) ، ثم يحلف البائع على الاثبات ، ثم يحلف المشتري على الاثبات •

وهذا قول ، مع بعده ، مخرج من نص الشافعي^(٢٧) على ما لو تنازع رجلان في دار هي في يدهما^(٢٨) ، ادعى كل واحد ان جميعها له ، فقال : يحلف احدهما أولا على النفي في النصف الذي في يده ، ولا يجمع في يمينه بين النفي والاثبات •

فمن الاصحاب من قال : في هذه المسألة أيضا قولان كمسألة البيع ، وذكر^(٢٩) في كلتا المسألتين قولين ، ومنهم من فرق بينهما بفروق مشهورة التفریع •

[٣٤٤] ان قلنا : يجمع ، فحلف البائع على النفي والاثبات ، ثم حلف المشتري على النفي فقط ، ونكل عن الاثبات ، قضى^(٣٠) عليه يمين البائع • وسببه ان النفي والاثبات [لما جمعا^(٣١)] على هذا القول ، واتصل النفي بالاثبات [^(٣٢) صارت كيمين واحدة ، فجعل النكول عن البعض نكولا عن الكل •

[٣٤٥] وان قلنا بتعدد اليمين [٤٤/ب] فلهما أحوال :

الاولى : اذا نكل الاول عن النفي حلفنا الثاني يمينا واحدة جامعة

(٢٦) س : على النفي فقط •

(٢٧) انظر رأي الامام الشافعي في الام ٢٣٨/٦ •

(٢٨) س : في يديهما •

(٢٩) ب : وجعل في كلا •

(٣٠) ب : وقضى •

(٣١) س : اجتمعا •

(٣٢) الزيادة من س ب •

بين النفي والاثبات ، لأنه قد تقدم نكول ، فلا بأس بالاثبات .

الثانية : ان يتحالفا على النفي (٣٣) .

قال الشيخ أبو محمد : يفسخ العقد ، لأن التضاد والتعاند قد تم (٣٤) .

وقال غيره : يعود الى الاول ، وتعرض عليه يمين الاثبات ، فان حلف عرضناها على الثاني ، فان حلف تم الآن التحالف .
فعلى هذا : لو حلف الاول بيمين الاثبات ، وعدنا (٣٥) الى الثاني فكل قضينا للاول لا محالة .

والاصح ما ذكره الشيخ أبو محمد .

الحالة الثالثة : ان يتناكلا (٣٦) جميعا ابتداء ، ففيه وجهان (٣٧) :
احدهما : ان تناكلهما كتحالفيهما ، لحصول التضاد (٣٨) ، فيفسخ
النفاسخ ، ولذلك نص الاصحاب على انه لو حلف الاول على النفي ،
ونكل الثاني ، فرد الاول فكل عن الاثبات كان نكوله كحلف صاحبه .
والوجه الثاني : انا نتوقف ولا نفسخ ، لأن التفاسخ في هذا الباب

(٣٣) تكررت في س هنا عبارة سبقت هي قوله (حلفنا الثاني يميننا
واحدة جامعة بين النفي والاثبات) .

(٣٤) في الاصل : قديم ، وفي س : والتعاقد قديم ، وما اثبتناه عن ب .

(٣٥) س ب والمطبوعة : فعدا .

(٣٦) س : تناكلا .

(٣٧) في الاصل : ففيه قولان : وما اثبتناه عن ب س وعن سياق الكلام
اذ سيذكر الوجه الثاني .

(٣٨) س : النصاب (وهو تصحيف) .

انما اخذ من الحديث النبوي^(٣٩) ، وهو منوط بالتحالف ، وليس التناكل
في معناه •

[٣٤٦] اما حكم التحالف اذا تم فهو جواز انشاء الفسخ لهما ،
لا انفساخ العقد بنفس التحالف ، هذا هو الصحيح المنصوص • وفيه^(٤٠)
قول مخرج^(٤١) انه يفسخ بنفس التحالف •

وفرع الشيخ أبو علي [علي]^(٤٢) هذا القول البعيد ان المشتري
يرد الزوائد المنفصلة الحادثة بعد التحالف ، وقبل انشاء الفسخ منهما ،
وان كل تصرف [يتصرف]^(٤٣) المشتري [فيه]^(٤٤) بعد التحالف
وقبل انشاء الفسخ ينقض وهو بعيد •

(٣٩) قوله : لأن التفاسخ في هذا الباب انما اخذ من الحديث النبوي قلت :
هو ما روى عن ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال : « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لاحدهما
تحالفا وترادا » • الذي رواه أبو داود في البيوع (سنن أبي داود
٢٨٥/٣ رقم ٣٥١١) ، والترمذي في البيوع (سنن الترمذي ٣٧١/٢
رقم ١٢٨٨ ، وابن ماجه في التجارات (سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ رقم
٢١٨٦) والدارمي في البيوع (سنن الدارمي - ط : اليماني ١٦٦/٢
رقم ٢٥٥٣) وغيرهم وانظر بشأن هذا الحديث تلخيص الحبير ٣١/٣
رقم ١٢٢١ ، نصب الراية ١٠٥/٤ ، نيل الاوطار ٢٥٢/٥ - ٢٥٣ •

(٤٠) ب : ففيه •

(٤١) ب : خرج •

(٤٢) عبارة الاصل كالآتي : وفرع الشيخ أبو علي هذا القول البعيد على
ان المشتري بتأخير لفظة : على ، وقد وضعتها في هذا الموضع لاقتضاء
السياق ، وقد سقطت اللفظة من س ب والمطبوعة •

(٤٣) الزيادة من س ب •

(٤٤) الزيادة من س ب •

(٤٥) في الاصل : لانه يحكم فيه ، وما اثبتناه عن س ب •

وإذا قلنا : لابد من انشاء الفسخ على الاصح ، فالاصح ان العاقد
يستقل به ، وفيه وجه انه يختص بالقاضي ، لانه مجتهد^(٤٥) فيه .
ومتى وقع الفسخ هل يفسخ ظاهرا^(٤٦) وباطنا ، أو ظاهرا فقط ؟
فيه^(٤٧) خلاف وتفصيل سبق ذكره من قبل^(٤٨) .

(٤٦) ب والمطبوعة : هل يفسخ باطنا وظاهرا .
(٤٧) في الاصل : وفيه .
(٤٨) مر ذكر ذلك في الفقرة ١٨١ - ١٩٤ .

النظر الثالث

في كيفية اليمين الواجبة على المدعى عليه

[٣٤٧] اذا توجهت اليمين عليه ، وبذلها ، فليقل له القاضي بعد تخويله بالله عز وجل منه ، ومن عذابه : قل : بالله^(١) ، أو والله ، أو بالله ، ان هذا المدعى لا يستحق علي ما ذكره [في دعواه ، ولا شيئا منه ، أو لا يلزمني تسليم ما ذكر]^(٢) ، ولا تسليم شيء منه ، أو لا حق له علي ، أو ما له قبلي شيء [٤٥/أ] ، نفيا لما^(٣) ادعى به عليه • وكل هذه^(٤) اوجه صحيحة •

[٣٤٨] وهكذا ان كان يمينه مثبتا لحق ، كاليمين مع الشاهد ، أو يمين الرد ، مع نكول المدعى عليه ، فليقل له الحاكم : قل : بالله ، أو والله ، اني مستحق^(٥) في ذمة هذا هذا القدر المدعى به ، وتسلمه الآن ، اذ^(٦) ربما يكون مؤجلا ، فلو اقتصر على اليمين على استحقاقه كان صادقا ، ولا يستحق تسلمه في الحال •

[تغليظ اليمين]^(٧)

[٣٤٩] ثم اذا كان المال أقل من نصاب الزكاة فلا تغليظ في اليمين عندنا ، وان بلغ نصابا فما زاد غلظت اليمين •

(١) ب س والمطبوعة : قل والله أو بالله •

(٢) الزيادة من س ب •

(٣) س ب والمطبوعة : نفيا لما اجاب به عن الدعوى وكل هذه ••

(٤) س ب والمطبوعة : اجوبة صحيحة •

(٥) في الاصل : اني استحق •

(٦) ب : أو ربما •

(٧) انظر بشأن تغليظ اليمين : الام ٢٧٩/٦ ، ٣٣/٧ ، ١٨٣ ، احكام

واختلف الاصحاب في تقدير التخليط بنصاب الذهب والفضة على وجهين :

احدهما : لانها نصاب زكاة ، فعلى هذا تغلظ في النعم في أربعين شاة فما زاد ، وفي الابل في خمس ، وفي البقر في ثلاثين ، وفي الحبوب والثمار في خمسة اوسق ، وان نقصت قيمة^(٨) كل نصاب عن عشرين دينارا أو عن مائتي درهم •

والثاني : انه ربما قدر بالعشرين عن توقيف^(٩) لا يتقدر به غيره • فعلى هذا كل نصاب من غير التقدين لم تبلغ قيمته نصابا من التقدين لم تغلظ فيه ، وان بلغت قيمته نصابا منهما غلظت فيه •

[صور تغليظ اليمين]

[٣٥٠] والتغليظ يكون بثلاثة أشياء : باللفظ ، والزمان ، والمكان :

[التغليظ باللفظ]^(١٠)

[٣٥١] فالتغليظ باللفظ هو بزيادة^(١١) ألفاظ من أسماء الله تعالى

القرآن ١٥٥/٢ ، مختصر المزني ٢٥٤/٥ ، البحر للرويانى ح ٧ الورقة ١/١٧٠ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٧٦/١٠ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ (تحت الطبع) الفقرة ٤٢٦٩ وما بعدها ، المهذب ٣٢٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ •

(٨) س : قيمة ذلك •

(٩) ب : عن توقيف فلا يتقدر به (بزيادة الفاء) وفي س والطبوعة : عن توقيف فلا يقدر به عن غيره ، وما اثبتناه عن الاصل •

(١٠) انظر بشأن تغليظ اليمين باللفظ : الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، مختصر المزني ٢٥٥/٥ ، البحر للرويانى ح ٧ الورقة ١/١٨١ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ ، المهذب ٣٢٣/٢ •

(١١) س : زيادة أسماء من أسماء الله •

وصفاته ، كقوله للحالف^(١٢) : قل : بالله الذي لا اله الا هو ، عالم الغيب والشهادة ، الطالب الغالب ، المهلك المدرك^(١٣) ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

وللمحاكم ان يقتصر على بعض هذه الالفاظ في اليمين المغلظة^(١٤) وله ان^(١٥) يجعل الزيادة بحسب توسط الحق وكثرته ، فالتغليظ في الحلف^(١٦) على الف^(١٧) مثلا لا يكون كالتغليظ على عشرة آلاف .
[٣٥٢] وهذا التغليظ اللفظي مستحب غير واجب عند الشيخ أبي علي . وعند غيره وجهان^(١٨) .

قال الشيخ أبو علي : الا ان الحاكم لو قال للحالف : قل : بالله الذي لا اله الا هو الطالب الغالب ، فاقصر الحالف على قوله : بالله ، وامتنع من الباقي هل يصير ناكلا ؟
فيه وجهان : واختار القفال انه يصير ناكلا ، وترد اليمين على خصمه .

ولو قال له : قل : بالله ، فقال : والله ، أو على العكس ، هل يصير

-
- (١٢) س : لحالف .
(١٣) س ب والمطبوعة : المدرك المهلك .
(١٤) س : الغليظة .
(١٥) ب س والمطبوعة : وله ان يستوفيها على توسط الحق وكثرته .
(١٦) س والمطبوعة : في التحليف .
(١٧) س : الالف .
(١٨) اقتصر شريح الروياني على الاستحباب انظر روضة الحكم الورقة ١٧/١ متابعا فيه ابا اسحاق في المهذب ٢/٣٢٣ .

ناكلًا ؟ فيه وجهان سبق ذكرهما (١٩) .

وهكذا لو قال : قل : بالله الذي لا اله الا هو [٤٥/ب] فقال : بالله الرحمن الرحيم ، هل يكون (٢٠) نكولا ؟ فيه وجهان .

[التعليل بالمكان]

[٣٥٣] واما التعليل بالمكان فهو تحليفه في اشرف البقاع واعظمها حرمة : ففي مكة بين الركن والمقام ، وفي المدينة على (٢١) منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو عنده ، وظاهر النص انه يصعد المنبر . وقال أبو سعيد : لا يصعد . وفي البيت المقدس عند الصخرة ، وفي بقية البلاد في مسجدها الجامع عند المنبر وهل يصعد المنبر ؟ على الخلاف المذكور .

[٣٥٤] وهذا التعليل المكاني (٢٢) مستحق أو مستحب ؟ فيه وجهان (٢٣) ، وقيل : الوجهان في التعليل بمكة والمدينة ، واما في بقية البلاد فغير واجب قولاً واحداً .

[٣٥٥] ثم سواء قلنا : ان التعليل بالمكان مستحق أو مستحب ، فاذا حلفه الحاكم في مكان التعليل ، فامتنع من اليمين فيه ، صار ناكلاً قولاً

(١٩) مر ذلك في الفقرة ٢٨٦ .

(٢٠) س : ناكلاً ، وهو اختيار محقق المطبوعة .

(٢١) ب س والمطبوعة : فعلى .

(٢٢) ب : وهذا التعليل المكاني هل مستحق أو مستحب ، وفي س والمطبوعة : وهذا التعليل المكاني هل هو مستحق أو مستحب وما اثبتناه عن الاصل .

(٢٣) ذكر الشيخ أبو اسحاق الشيرازي ان احدهما مستحب والثاني واجب انظر المذهب ٣/٣٢٣ ، وقد ورد في هامش الاصل المعتمد قوله : الاصح انه يستحب .

واحدا عند الشيخ أبي علي بخلاف امتاعه من التغليظ اللفظي على أحد الوجهين •

[٣٥٦] والفرق انه في اللفظي^(٢٤) قد أتى بقوله : والله ، [وهذه لفظة اليمين ، ومعناها في قوله : والله]^(٢٥) الذي لا اله الا هو الطالب الغالب ، فان [كل]^(٢٦) هذه الالفاظ مندرجة عند اسم الله تعالى ، بخلاف امتاعه من الحلف^(٢٧) في مكان شريف ، فانه لا يحصل شرف المكان أصلا •

[٣٥٧] واذا قلنا ان التغليظ مستحق ، فلا يقنيه قوله : بالطلاق ان لا احلف يمينا مغلفة ، بل يقال له : انكل أو احلف ، وان وقع عليك الطلاق ، هكذا قاله الامام •

وقال القاضي أبو الطيب في التعليق : اذا امتنع من اليمين بين الركن والمقام ، وقال : علي يمين ان لا احلف بينهما ، ولكن احلف عن يمين المقام مثلا ، أو أحلف في موضع آخر قريب من البيت ، ففيه^(٢٨) قولان : احدهما : يجاب اليه ، ولا يحث في يمينه ، والثاني : يحلف في ذلك الموضع بعينه ، ويحث في يمينه •

[٣٥٨] هذا كله اذا قلنا : [ان]^(٢٩) التغليظ بالمكان مستحق ، وشرط ، اما^(٣٠) اذا قلنا : انه مستحب فلا يحث في يمينه قولاً واحدا •

(٢٤) ب س والمطبوعة : في اللفظ •

(٢٥) الزيادة من س ب •

(٢٦) الزيادة من س ب •

(٢٧) س : من اليمين •

(٢٨) س ب والمطبوعة : فيه •

(٢٩) الزيادة من س •

(٣٠) س ب والمطبوعة : واما •

[التغليظ بالزمان] (٣١)

[٣٥٩] واما التغليظ بالزمان ، فهو تحليفه بعد العصر في يوم الجمعة •

[٣٦٠] وهل هو مستحب (٣٢) أو مستحق ؟ فيه وجهان (٣٣) •

[٣٦١] وكيف ما كان ، فلو امتنع من الحلف في هذا الزمن (٣٤) ،

وبذل اليمين قبله ، أو بعده ، صار ناكلا كاللكن •

[التغليظ بالمصحف] (٣٥)

[٣٦٢] ومما تغلظ به اليمين التحليف بالمصحف • [٤٦/أ]

قال الشافعي (٣٦) رضي الله عنه : كان ابن الزبير (٣٧) يستحلف

(٣١) بشأن التغليظ بالزمان : انظر الام ٢٧٩/٦ ، ٣٢/٧ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٠١ وما بعدها ، المهذب ٣٢٣/٢ ، نهاية المحتاج (في باب اللعان) ١١٠/٧ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ •

(٣٢) س والمطبوعة : وهل هو مستحق أو مستحب •

(٣٣) ورد في حاشية الاصل قوله وجهان : الاصح انه مستحب •

(٣٤) س : في هذا الوقت •

(٣٥) انظر بشأن التغليظ بالمصحف : الام ٢٧٩/٦ ، ٣١/٧ ، السنن الكبرى ١٧٨/١٠ ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٠٥ وما بعدها ، المهذب ٣٢٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٧٣/٤ ، نهاية المحتاج ١١١/٧ •

(٣٦) قول الشافعي نجده في الام ٢٧٩/٦ ، ٣١/٧ ، السنن الكبرى ١٧٨/١٠ ، المهذب ٣٢٣/٢ ، وفيات الاعيان ٢١٠/٥ ، أدب القاضي للماوردي ج ٣ الفقرة ٤٣٠٥ •

(٣٧) هو عبدالله بن الزبير بن العوام الاسدي الصحابي الجليل (معروف)

به ، ورأيت مطرفاً (٣٨) قاضي صنعاء يستحلف به ، وهو حسن •

[٣٦٣] وقال (٣٩) الماوردي (٤٠) : هو (٤١) جائر ، وليس

بمستحب ، قال أصحابنا : ومعناه انه يوضع المصحف في حجره ليكون
ازجر له •

[٣٦٤] قال الشيخ أبو علي : فلو أراد القاضي تحليله بالمصحف

وان يضعه في حجره فامتنع (٤٢) هل يصير ناكلاً ؟ فيه وجهان •

[٣٦٥] ثم قال (٤٣) : لا يحلفه بالمصحف ، فيقول : وحق المصحف ،

لأنه تحليف بغير الله ، وانما يحلفه بمن انزل القرآن ، هكذا فانه الشيخ
أبو علي •

قتل سنة ٧٣ هـ انظر نسب قريش للمصعب الزبيري ٢٣٦ ، انساب
الاشراف ١٨٨/٥ ، ٣٥٥ ، تهذيب الاسماء واللغات ٢٦٦/١/١ ،
الاصابة ٦٩/٤ ، فوات الوفيات ٤٤٥/١ •

(٣٨) مطرف : هو ابن مازن الكناني ، وقيل القيسي بالولاء الصنعاني ،
ولهي قضاء صنعاء وروى عنه الشافعي وجماعة وتوفي بالرقعة وقيل
بمنبج سنة ١٩١ هـ ، وقد تكلموا في روايته ، فانظر وفيات الاعيان
٢٠٩/٥ رقم ٧٢٢ ، ميزان الاعتدال ١٢٥/٤ ، لسان الميزان ٤٧/٦
رقم ١٨٢ ، طبقات فقهاء اليمن للجعدي ١٣٨ •

(٣٩) س : قال •

(٤٠) قول الماوردي تجده في أدب القاضي ح ٣ الفقرة ٤٣٠٥ ، وقد أشار
الى هذه المسألة في الفقرة ١٦٩٠ ، ١٦٩٤ من الجزء الاول ص ٦٥٨ ،
٦٥٩ •

(٤١) س : وهو •

(٤٢) س : وامره ان يضعه •

(٤٣) ب : فامتنع به ، وفي س والمطبوعة : فامتنع منه •

(٤٤) س ب والمطبوعة : ثم قالوا •

[٣٦٦] قال : [وقال ^(٤٥) الشيخ أبو زيد : ولو حلفه بما في هذا المصحف ، لا يكون يمينا ، لأن في المصحف سواداً وياضاً ، ولو حلفه بما في المصحف من القرآن ، أو بما هو مكتوب في المصحف ، أو حلفه بالقرآن ، فهو يمين .

[٣٦٧] وهل يحلفه ^(٤٦) بالله الذي انزل القرآن على محمد ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي في شرحه الكبير ، والشيخ أبو عاصم في فتاويه ، ولم ^(٤٧) يختارا شيئاً .

[التغليف بالقيام]

[٣٦٨] ولا يشرع القيام في شيء من الايمان الا في يمين اللعان .
وقيل يغلف بالقيام في جميع ^(٤٨) الايمان .

[ما تغلف فيه اليمين]

[٣٦٩] وتغلف اليمين في دعوى الطلاق والعناق :

[٣٧٠] ولو ادعى المبد عتقه على سيده ، فانكر السيد حلف .
ثم ان كانت قيمة المبد نصاباً غلظت اليمين عليه ، والا فلا .
ولو نكل وردت اليمين على المبد غلظت اليمين عليه ، لانه ينبت الحرية .

(٤٥) الزيادة من س ب .

(٤٦) س : وهل يحلفه بالذي .

(٤٧) س : ولم يختار .

(٤٨) س : في سائر الايمان .

[٣٧١] وقال صاحب التقریب : تغلظ اليمين على السيد كيف كان ،

لأنه ينفي [ما]^(٤٩) يثبت العبد •

[٣٧٢] ولو ادعى السيد على العبد انه كانه^(٥٠) ، فانكر ، فان كان

المال نصابا غلظت اليمين على العبد ، وان نكل وردت اليمين على السيد
غلظت ، وان كان أقل من نصاب^(٥١) فلا تغلظ •

[٣٧٣] اما ان ادعى العبد الكتابة على السيد وانكرها ، ان كانت

قيمة العبد نصابا غلظت اليمين على السيد ، وان نكل وردت اليمين على
العبد غلظت أيضا ، وان نقصت عن النصاب فلا تغلظ على السيد ، فلو
نكل وردت على العبد غلظت على العبد ، لانه يثبت الحرية •

[٣٧٤] وقال صاحب التقریب : اذا غلظت على العبد ينبغي ان

تغلظ^(٥٢) [٤٦/ب] على السيد أيضا •

[تغلظ اليمين على المرأة بالمكان]

[٣٧٥] هذا كله في حق المسلم ، اما المسلمة فالبرزة كالرجل في

احضارها مجلس الحكم ، وتغلظ^(٥٣) اليمين عليها بالمكان •

[٣٧٦] واما المخدرة : فقال^(٥٤) الامام :

(٤٩) الزيادة من س ب •

(٥٠) ب س والمطبوعة : ولو ادعى السيد على عبده كتابته •

(٥١) ب س والمطبوعة : النصاب •

(٥٢) ورد في حاشية الاصل لفظة (اليمين) بعد هذه اللفظة •

(٥٣) ب : وتغلظ ، وهو ما في المطبوعة •

(٥٤) في سائر الاصول : قال ، وقد اضفت (الفاء) للسياق •

قال قائلون : يحضرها القاضي بنفسه ، أو المستخلف ، في بيتها ،
ولا تكلف الحضور •

وقال في مكان آخر : قطع العراقيون بأن المخدرة لا يعصمها التخدير
عن الحضور الى المسجد الجامع لليمين ، اذا رأينا التغليب بالمكان واجبا ،
ولا تحضر الى مجلس الحكم للدعوى عليها ، وقال الشيخ القفال :
المخدرة تحضر الى مجلس الحكم ، كالبرزة • والمخدرة هي التي لا تخرج
لحوائجها ، ولا تتأدد الخروج للزيارة والعزاء (٥٥) ، فلو خرجت على
نذور لم يبطل تخديرها • والذي عندنا : ان المخدرة هي التي لا تخرج
الا لضرورة •

هذا ما ذكره الامام •

[٣٧٧] وقال الشيخ أبو علي : المخدرة لا تخرج (٥٦) الى مجلس
الحكم ، بل يبعث القاضي (٥٧) اليها من يحكم بينها وبين خصمها في
منزلها ، فاذا توجهت عليها اليمين ، احلفها في منزلها ، ان كان مما (٥٨)
لا تغليب فيه ، وان كان فيه تغليب ، فمن (٥٩) اصحابنا من قال : لا تخرج
من بيتها ، وتحلف فيه ، والصحيح انها تحلف في الموضع الشريف ،
وتغلف اليمين عليها ، الا اذا كانت حائضا لا تدخل المسجد ، بل تحلف
على بابها •

(٥٥) ب س والمطبوعة : والعزايا •

(٥٦) ب والمطبوعة : المخدرة لا تحضر الى مجلس • س : لا تحضر مجلس
الحكم •

(٥٧) س : يبعث الحاكم •

(٥٨) س ب والمطبوعة : ان كان المال لا تغليب فيه •

(٥٩) س ب والمطبوعة : من (بسقوط الفاء) •

[٣٧٨] وقال (٦٠) الماوردي (٦١) : المخدرة يستخلف الحاكم من يستخلفها في منزلها ، ويسقط تغليظ اليمين بالمكان صيانة لها .

[٣٧٩] وقال القاضي أبو الطيب : المخدرة ، من أصحابنا من قال : تغلظ اليمين عليها بالمكان ، كالبرزة ، فتحضر في ذلك الموضع ، ومن أصحابنا من قال : لا تغلظ اليمين عليها بالمكان ، لأن الحاكم لا يستحضرها إلى مجلس حكمه ، وإنما يبعث إليها نائبا عنه ، ليحكم بينها وبين خصمها ، ولا تخرج من بيتها .

[٣٨٠] وقال القاضي حسين : إذا كانت المرأة غير برزة فتوكل ، فإذا توجهت عليها اليمين ، بعث القاضي إليها من يحلفها في منزلها .

[٣٨١] وقال القفال : تحضر مجلس الحكم ، قال : قال أصحابنا : المخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها ، وإن خرجت إلى الأعزية والمآثم والزيارات ، قال : والذي عندي : أن المخدرة هي التي لا تخرج لحوائجها [٤٧/١] ولا إلى الأعزية^{١١٣} والزيارات إلا نادرا ، فإن اعتادتها لم تكن مخدرة .

[٣٨٢] وقال [الشيخ] (٦٤) أبو نصر : المخدرة هي التي لا يخاطب

(٦٠) س : قال .

(٦١) كلام الماوردي تعجده في أدب القاضي له ح ٣ الفقرة ٤٣٢٥ ، وليس كما أحال محقق المطبوعة إلى ح ٢ ص ٣٢٥ ، فإنه وإن كان هناك كلام يتصل باحضار الخصم إلى مجلس الحكم للمحاكمة إذا كان امرأة برزة أو خفرة ، إلا أن العبارة المذكورة ليست فيه .

(٦٢) ب س والمطبوعة : بعث إليها (بسقوط لفظة : القاضي) .

(٦٣) في الاصل : التعزية ، وما اثبتناه عن ب س وعما ذكره في الجملة السابقة في الاصول كلها بلفظ (الأعزية) .

(٦٤) الزيادة من ب س .

الرجال ، ولا تحضر المواسم والاعراس ، فإن الحاكم يبعث^(٦٥) اليها من يحلفها . وهل تفلظ اليمين عليها بالمكان ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم ، فتحضر في المواضع الشريفة ، ويحلفها ، والثاني : لا ، لأن خدرها إذا منع من احضارها مجلس الحكم جرى مجرى المرض ، فيسقط^(٦٦) به التغليب .

[٣٨٣] وقال الشيخ أبو اسحاق^(٦٧) : المخدرة لا تكلف الحضور ، بل تولد من يخاطب عنها ، فإذا توجهت عليها اليمين^(٦٨) ، بعث اليها من يحلفها .

[٣٨٤] قلت : فهذا ما ذكره الأئمة في المخدرة وحكمها ، والاصح^(٦٩) عندي : أنها لا تكلف الحضور الى مجلس الحكم لمحاكمة ، ولا الى موضع شريف ليمين ، لأن اصحابنا صرحوا بأنه تسمع^(٧٠) الشهادة على شهادتها مع حضورها من غير مرض ، والحقوا تخديرها^(٧١) بالمرض والسفر في ذلك ، والاولى في التخدير وصفته رده الى عرف الناس واتباع العادات .

[سريان التغليب الى يمين الرد واليمين مع الشاهد]

[٣٨٥] هذا كله في يمين اندعى عليه يمين النفي [أو يمين المدعى

(٦٥) س : لم يبعث (وهو سهو) .

(٦٦) ب : فسقط .

(٦٧) انظر المهذب ٣٠٤/٢ .

(٦٨) ب س والمطبوعة : يمين .

(٦٩) جاء في هامش الاصل قوله : (الذي صححه في الروضة أنها تكلف

الحضور الى الجامع) قلت صححه النووي في الروضة (انظر روضة

الطالبين ٢٣/١٢) .

(٧٠) س : تمتنع (وهو تصحيف) .

(٧١) س : تخدرها .

يمين الرد^(٧٤)] وهكذا الحكم في تغليظ اليمين اذا حلف المدعي مع
شاهده لاثبات الحق .

[اضافة تصديق اشهاد الى صيغة اليمين]

[٣٨٦] ويضيف^(٧٣) الحاكم الى اليمين مع الشاهد تصديق الشاهد ،
فيقول : وان شاهدي صادق فيما شهد به ، أو ان ما شهد به هذا الشاهد
حق وصدق^(٧٤) .

[٣٨٧] وهذا التصديق للشاهد^(٧٥) الواحد مستحق أو مستحب ؟
فيه وجهان : اصحهما انه مستحق .

[تغليظ يمين الحكم على الميت والغائب وما جرى مجراهما]

[٣٨٨] وهكذا اليمين للحكم على الميت والصبي والمجنون والغائب ،
تغلظ ، كما سذكره .

[٣٨٩] [نم^(٧٦)] اختلف ائمتنا في ان اليمين للحكم على الغائب هل
هي مستحقة أو مستحبة ؟ فيه وجهان ، الاصح انها مستحبة .

ولا خلاف ان اليمين للحكم على ميت أو صبي أو مجنون مستحقة

(٧٢) الزيادة من س ب .

(٧٣) س ب والمطبوعة : وليضيف .

(٧٤) وهو منصوب الشافعي في الام ٢٨٠/٦ .

(٧٥) في الاصل : وهذا التصديق مع الشاهد ، وما اثبتناه عن س ب .

(٧٦) سقطت هذه الفقرة والفقرتان اللتان تليهما ، من الاصل ومن نسخة

س وزيادتها عن النسخة ب .

قولا واحدا (٧٧) ، والفرق ظاهر .

[٣٩٠] والمتغيب في البلد أو المنعة ، اذا (٧٨) سمعت الدعوى عليه وقامت عليه البينة ، فان ذلك سائق قولا واحدا ، فاذا التمس المدعي من الحاكم الحكم عليه فلك ذلك .

وهل يحلفه الحاكم تقريرا على استحقاق اليمين بالنسبة الى الغائب ؟
أكثر الأصحاب اطلقوا اقوالهم قائلين بان المتغيب والمتمرز^{١١١} حكمه حكم الغائب .

[٣٩١] وقال الماوردي^(٨) : لا يجب اليمين للمحكم على المتغيب ولا المتمرز ، بخلاف الغائب ، والفرق ان المتغيب ظالم بتغييه وكذا المتمرز غير معذور به^(١١) ، فلم يحلف المحكوم له ، بخلاف^(١٢) الغائب فانه معذور في غيبته ، ثم قال بعد هذا : وهل يجعل بتغييه أو بتمرزه في حكم التناكل حتى يحلف المدعى من غير إقامة بينة ؟ فيه وجهان ، اشبههما انه يجعل

(٧٧) قوله « قولا واحدا » مما يستدرك على ابن أبي الدم فهناك قولان
أو على حد قول النووي في الروضة (وجهان ويقال قولان) الوجوب
والاستحباب واصحهما الوجوب ، فقطع ابن أبي الدم بالوجوب فانظر
الروضة ١١/١٧٦ ، مغني المحتاج ٤/٤٠٧ نهاية المحتاج ٨/٢٥٦ .

(٧٨) ب : واذا .

(٧٩) ب والمطبوعة : المتعذر .

(٨٠) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له ج ٢ ص ٣٢٣ - ٣٢٤ الفقرات
٣٢٧٦ - ٣٢٧٩ ، وقد تصرف المؤلف في نقل عبارته بعض التصرف
للاختصار .

(٨١) في ب : وغيره معذر رتبته (كذا) وهو تصحيف .

(٨٢) ب : يخالف .

ناكلا ، فعلى هذا يحلف ويفرض^(٨٣) ان المتقرب حضر وتوجهت اليمين
عليه فكل عنها .

وهذا فيه بعد لا يخفى على المتأمل [٨٤) .

[كيفية لفظ اليمين]

[٣٩٢] وكيفية لفظ اليمين للحكم ان يقول له الحاكم^(٨٥) : قل
بالله اني لم اقبض هذا الدين ، ولا شيئا منه ، ولا تعوضت عنه ، ولا عن
شيء منه ، ولا احلت به ، ولا بشيء منه ، [ولا احتلت به ، ولا بشيء
منه]^(٨٦) ، ولا برئت ذمة المدعى عليه منه ، ولا من شيء منه^(٨٧) ،
بقول ولا فعل ، الى هذا الوقت ، واني مستحق تسليمه الآن ، أو في وقتي
هذا^(٨٨) .

وهذا اللفظ الاخير لابد من ذكره ، ولم يذكره أصحابنا في كتبهم ،
لانه لو كان الدين مؤجلا على غائب وسمعا الدعوى به على رأي ، فلا بد
عند الدعوى من طلب التسليم اذا كان الدين حالا ، ففي اليمين للحكم
على الغائب به يجب ذكر استحقاق التسليم عقيب اليمين^(٨٩) .

(٨٣) في المطبوعة : ويعرض (وهو تصحيح طباعي) .

(٨٤) الى هنا ينتهي ما سقط من الاصل ومن نسخة س ، واثباته عن
نسخة ب في الورقة ٣٩/ب .

(٨٥) س ب والمطبوعة : ان يقول الحاكم له .

(٨٦) الزيادة من س ب .

(٨٧) العبارة (ولا برئت ذمة المدعى عليه منه ولا من شيء منه) سقطت
من متن ب وثبتت على حاشيتها .

(٨٨) قابل ذلك بما في الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٤/٥ ، أدب
القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٤١ وما بعدها .

(٨٩) في الاصل : عقيب الدين (وهو سهو) .

[٣٩٣] ثم قال الشافعي^(٩٠) رضي الله عنه : يحلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة [٤٧/ب] الرحمن^(٩١) الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

وقال في الام : الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور .

وهذه الالفاظ كلها منقولة عنه ، فمن الاصحاب من قال : ان التخليط بها مستحق ، حتى لا يجوز ان يقتصر فيها على قوله : بالله^(٩٢) .
والصحيح جواز الاختصار عليه^(٩٣) .

[٣٩٤] ولا يحتاج في اليمين للحكم اذا كان الحق [قد ثبت]^(٩٤)
بشهادة شاهدين الى تصديق الشاهدين ، بخلاف اليمين في الشاهد الواحد^(٩٥) .

(٩٠) انظر قول الشافعي في المختصر ٢٥٥/٥ ، الام ٢٨٠/٦ ، البحر للرويانى ح ٧ الورقة ١٨١/١ ، ادب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها .

(٩١) يس ب : هو الرحمن الرحيم (وكنا في المطبوعة) وما ائبتناه عن الاصل وعن قول الشافعي في مصادر تخريجه التي مرت .

(٩٢) وهذا القول شاذ قال الماوردي : وشذ بعض اصحابنا فقال : لا يجرئه احلافه بالله حتى يفلظها بما وصفنا ليخرج بها عن عادته .
ادب القاضي ح ٣ الفقرة ٤٣٩٠ .

(٩٣) جوزه أبو اسحاق انظر المذهب ٣٢٣/٢ .

(٩٤) الزيادة من س ب .

(٩٥) لأن البينة بشاهدين موضع اتفاق على انها حجة كاملة في حين ان اليمين مع الشاهد ليست موضع اتفاق عند الفقهاء ، انظر مغني المحتاج ٤٠٨/٤ .

وحكى الامام فيه وجها انه يشترط تصديق الشهود وهو بعيد .
وذكر الغزالي في الوسيط تصديق الشهود^(٩٦) في يمين الحكم ،
ولم يحك فيه خلافا ، وهو هفوة^(٩٧) .

[٣٩٥] هذا كله اذا ثبت الحق بشهادة شاهدين فصاعدا .

اما اذا ثبت الحق^(٩٨) بشهادة شاهد واحد ويمين المدعي على ميت ،
أو صبي ، أو غائب ، فهل يحتاج مع يمينه التي كملت بها يمينه الى يمين
اخرى للحكم ؟ فيه خلاف سبق ذكره^(٩٩) . والاصح انه لا بد من يمين
أخرى للحكم .

[٣٩٦] وههنا دقيقة لا بد من التنبه^(١٠٠) لها ، وهو ان الحاكم اذا
حلفه^(١٠١) للحكم على ميت أو غائب بالالفاظ التي ذكرناها ، هل يضيف
اليها تحليفه^(١٠٢) بالله تعالى ، انه مستحق^(١٠٣) في ذمة هذا المحكوم عليه
هذا الحق ؟

هذا عندي فيه نظر ظاهر ، من حيث ان اليمين المشروعة للحكم
سرعت نفيا لامور ، لو قدر حضور المحكوم عليه ، ودعواه بها على المدعي

(٩٦) العبارة : (وهو بعيد وذكر الغزالي في الوسيط تصديق الشهود)

سقطت من متن ب وثبتت على حاشيتها .

(٩٧) ذكر الغزالي في الوجيز ما يخالف ذلك ، اذ قال : (ولا يجب

التعرض في اليمين لصديق الشهود) الوجيز ٢/٢٤٣ ، فلعل المؤلف

قد اخطأ في النقل عن الغزالي .

(٩٨) في الاصل : اذا ثبتت بشهادة واحد .

(٩٩) مر ذلك في الفقرة ٣٨٩ وما بعدها .

(١٠٠) س : التنبيه عليها .

(١٠١) ب والمطبوعة : اذا احلفه .

(١٠٢) س ب والمطبوعة : حلفه بالله .

(١٠٣) في الاصل : يستحق وما اثبتناه عن س ب .

سمعت ، فقام الحاكم^(١٠٤) مقامه في احلاف المدعي على نقيها ، ولو ان الغائب أو الميت كان حاضرا ، فطلب احلاف المدعي انه مستحق للمدعي^(١٠٥) به بعد قيام البينة العادلة ، لم يسمع ذلك منه عندنا بلا خلاف ، خلافا لابن أبي ليلى^(١٠٦) ، لأن في ذلك قدحا في البينة ، بل لابد في دعواه ان أراد دعوى براءة ، ان يدعي ما يقتضيها من ابراء أو قبض ، أو غير ذلك .

[٣٩٧] لكن ههنا نظر آخر دقيق ، وهو ان البينة اذا قامت على اقرار المدعي عليه بالدين مثلا ، فلو كان حاضرا ، فقال^(١٠٧) : صدقت البينة فيما شهدت به علي من اقراري بالدين له ، لكني اشهدت علي ، واقررت بناء على ما جرت به العادة في اقرارهم واشهادهم في الصكوك [٤٨/أ] على انفسهم ، فحلفه ايها^(١٠٨) القاضي انه مستحق^(١٠٩) ذلك علي ، فاني لم اقبض هذا المال الذي اقررت له به ، هل يحلف ؟ فيه وجهان مشهوران سنذكرهما في موضعهما ان شاء الله تعالى ، واصحهما ان له تحليفه .

[٣٩٨] اذا ثبت هذا في هذه المسألة ، فعلى الحاكم ان يتعرض في اليمين التي يستحلف بها المدعي للحكم على الميت أو الغائب ، انه

- (١٠٤) كررت لفظة الحاكم في الاصل (وهو سهو) .
- (١٠٥) ب والمطبوعة : مستحق الحق المدعي به .
- (١٠٦) انظر رأي ابن أبي ليلى ومن وافقه على ذلك في أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٠٥٤ .
- (١٠٧) س والمطبوعة : فقال لقد صدقت .
- (١٠٨) ب س والمطبوعة : ايها الحاكم .
- (١٠٩) في الاصل : يستحق .

يستحق^(١١٠) ذلك ، حذارا من ان يكون اشهد عليه بقبض المقر به جريا على العادة ، ولم يقبضه ، اذا كان المحكوم به مثل هذه الصورة ، وهذا من^(١١١) لطيف الفقه ودقيقه فليفهم .

[٣٩٩] واما القاضي أبو الطيب الطبري والماوردي^(١١٢) فانهما فرضا ألفاظ اليمين والتغليظ بها^(١١٣) في حق المدعي عليه الحاضر ، ونقلنا نص الشافعي^(١١٤) رحمه الله بذلك .

[نفي البراءة في اليمين]

[٤٠٠] اما القاضي أبو الطيب فانه قال : قال الشافعي : اذا ادعى عليه دينا ، فقال ابرأتني^(١١٥) منه ، فهو اقرار به ، فالقول قول المدعي مع يمينه في نفي البراءة ، فيحلف بالله ان هذا الحق ، ويسمي به ، ثابت عليه ، ما اقتضاه^(١١٦) ، ولا شيئا منه ، ولا اقتضاء مقتض بامره ، ولا بغير امره ، فوصل اليه ، ولا احال به ، ولا بشيء منه ، ولا ابرأه منه ولا من سمي منه وانه ثابت عليه الى ان حلف بهذه اليمين^(١١٧) .

(١١٠) ب س والمطبوعة : مستحق .

(١١١) ب س والمطبوعة : وهذا من دقيق الفقه ولطيفه .

(١١٢) انظر أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٨٧ وما بعدها .

(١١٣) في الاصل والتغليظ فيها . وما اثبتناه عن ب س .

(١١٤) في الاصل : ونقلنا نص الشافعي وجها بذلك (ولعل ذلك تصحيف

في لفظة الدعاء) .

(١١٥) في الاصل : ابرأتني وما اثبتناه عن ب س .

(١١٦) في الاصل : ما اقتضيته وما اثبتناه عن ب س .

(١١٧) انظر الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٥/٥ ، البحر للرويانى

ح ٧ الرقة ١٧٦/ب ، أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٤١

وما بعدها ، فان في هذه المصادر أقوال الشافعي .

[٤٠١] قال أبو اسحق : جملة ذلك : ان (١١٨) مدعي البراءة من الحق ان ادعى جهة معلومة من (١١٩) البراءة حلف المدعي على نفسها ، ولم يحتج الى ضبط ما عداها ، وان ادعى براءة مطلقة غير مضافة الى جهة ، وجب ضبط اليمين بتلك الجهة (١٢٠) ، غير انه لا يحتاج (١٢١) ان يقول في آخره : وانه ثابت عليه الى ان حلف بهذه اليمين ، لانه اذا نفى وجوه البراءة ، فالظاهر بقاء الحق ، وانما ذكره الشافعي تأكيدا لا شرطا .

[٤٠٢] قال اصحابنا : يمكن (١٢٢) حصر ذلك بها ، بأقل من هذه الالفاظ ، بان يحلف بالله ، ما برىء اليه من ذلك الحق ، ولا من شيء منه بقول ولا فعل ، فهذا يشتمل على جميع تلك الوجوه ، أو يحلف (١٢٣) بالله تعالى ، ما برئت ذمته (١٢٤) من ذلك الحق ، ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمته من شيء من ذلك الحق .

هذا لفظ القاضي أبي الطيب (١٢٥) في تعليقه الكبير (١٢٦) .

(١١٨) في الاصل وفي نسخة س : يدعي .

(١١٩) س : معلومة من الحق .

(١٢٠) س ب والمطبوعة : الجهات .

(١٢١) س : لا يحتاج في آخره ان يقول .

(١٢٢) س : ويمكن .

(١٢٣) س : ويحلف .

(١٢٤) في المطبوعة : ما برئت ذمته من شيء من ذلك الحق (بزيادة

لفظة : من شيء التي وردت في ب وقد شطب عليها الناسخ ، فاثبتتها

المحقق) .

(١٢٥) في المطبوعة : هذا لفظ القاضي في تعليقه الكبير (بسقوط لفظة

أبي الطيب) .

(١٢٦) تعليقه الكبير : هو شرحه لمختصر المزني انظر بشأته كشف الظنون

[٤٠٣] وأما الماوردي^(١٢٧) ، فإنه قال : إذا ادعى عليه الفاء ، فقال : برئت منها ، صار مقرا ، ومدعي^(١٢٨) للبراءة ، فإن اطلق دعوى البراءة ، فيحلف المدعي ، فيقول : والله ما قبضتها ، ولا شيئا منها ، ولا قبضها له قابض بامرء ، [٤٨/ب] ولا شيئا منها ، ولا احوال بها ، ولا بشيء منها [ولا ابرأه منها ولا من شيء منها]^(١٢٩) وزاد في الام : ولا كان منه ما يبرأ به منها ، ولا من شيء منها ، يعني من جناية أو اتلاف لئلا يقدر دينه ، ويقول : وانها ثابتة عليه الى وقت يمينه .

فهذه ستة أشياء ذكرها الشافعي^(١٣٠) في اليمين ، ولا خلاف ان السادس منها استظهار ، وليس بواجب ، وهو قوله : وانها ثابتة عليه الى وقت يمينه ، وفي الخمسة الباقية وجهان : الاكثرون قالوا : هي واجبة ، ومنهم من قال : [هي]^(١٣١) مستحبة ، حتى لو اقتصر على قوله : ما برئ الي منها ، ولا من شيء منها ، عم ، اما اذا خصص دعوى البراءة ، بان قال : دفعتها اليه ، أو احوال بها^(١٣٢) ، أو ابرأني منها ، فقد اختلف اصحابنا ، هل تكون^(١٣٣) يمينه مقصورة على النوع الذي ادعاه ، أو مشتملة على غيره من الانواع ؟ على وجهين : احدهما وهو ظاهر ما أطلقه

١٦٣٥/٢ ، وتوجد منه نسخة في دار الكتب المصرية برقم ٢٦٦ فقه

• شافعي

(١٢٧) انظر أدب القاضي للماوردي ج ٣ الفقرة ٤٣٨٤ وما بعدها حتى

• ٤٣٩٠

(١٢٨) س : أو مدعي

(١٢٩) الزيادة من س ب

(١٣٠) قول الشافعي في الام ٢٨٠/٦ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٢٥٥/٥ ، وما

يزال الكلام للماوردي

(١٣١) الزيادة من س

(١٣٢) س : احوال علي وفي المطبوعة احوال بها علي

(١٣٣) في المطبوعة : يكون

الشافعي انها تشتمل (١٣٤) على جميع أنواع البراءات في ذكر الانواع الخمسة •

ثم هل تكون واجبة أو مستحبة (١٣٥) ؟ فيه الوجهان المذكوران •
والثاني : وهو الاصح ، ان يمينه تكون مقصورة على النوع الذي ادعى البراءة به دون غيره •

ثم قال الشافعي : فاذا حلف قال : والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب ، والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ثم ينسق اليمين •

وقال في الام : الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور ، وان زاد الحاكم : الطالب الغالب ، الضار النافع ، المدرك المهلك جاز ، كما يفعله كثير من الحكام •

فان اقتصر على احلافه بالله ، أو بصفة (١٣٦) من صفاته ، كقوله : وعزة الله ، وعظمة الله جاز •

وشدد بعض أصحابنا ، فقال : لا يجزئه احلافه بالله حتى يغلظها بما وصفناه ليخرج بها من عادة الناس في معهود ايمانهم ، مما (١٣٧)

(١٣٤) في الاصل : مشتملة ، وفي س : تشمل ، وما اثبتناه عن ب وعن ادب القاضي للماوردي الفقرة ٤٣٨٦ من الجزء الثالث ، لان الكلام ما يزال للماوردي •

(١٣٥) ب س والمطبوعة : ثم هل تكون واجبة أو احتياطاً ، وفي ادب القاضي : ثم هل تكون على الاحتياط أو على الوجوب •

(١٣٦) في الاصل وفي نسخة ب : صفة ، وما اثبتناه عن س وعن ادب القاضي للماوردي الفقرة ٤٣٩٠ من الجزء الثالث •

(١٣٧) س : فيما •

يكثرونه في كلامهم من لغو اليمين •

• هذا ما ذكره الماوردي (١٣٨)

[٤٠٤] وهنا بقية كلام ، وهو ان القاضي ابا الطيب قال : يمكن حصر الفاظ الشافعي التي نص عليها في اليمين ، بقوله : والله ما برىء الي من الحق ، ولا من شيء منه •

ونحن نقول : يمكن أيضا حصر الالفاظ بقوله : والله ، ان (١٣٨) ما اقر لي به باق في ذمته الى وقتي هذا ، او (١٤٠) والله اني مقيم (٤٩/١) على استحقاقه الى وقتي هذا ، فهل يتعين ما ذكره القاضي ابو الطيب من نفي البراءة ، لتكون اليمين نافية لعين ما ادعاه المدعي عليه من البراءة لفظا ومعنى ، أو يكتفي (١٤١) بحلفه بالله انه باق في ذمته ، أو اني مقيم على استحقاقه الى وقتي هذا ، ويقوم ذلك مقام نفي البراءة الدال (١٤٢) ذلك عليها معنى ، اذ يلزم من بقاء استحقاقه الى (١٤٣) الان نفي البراءة قطعا • هذا عندنا فيه (١٤٤) احتمال ظاهر •

[٤٠٥] هذا كله كلام في يمين المسلم والمسلمة تغليظا وتخفيفا •

-
- (١٣٨) انظر كلام الماوردي في أدب القاضي ح ٣ الفقرة ٤٣٨٤ - ٤٣٩٠ •
(١٣٩) في الاصل : والله ما اقر لي به وانه باق في ذمته • وهو سهو ، وما اثبتناه عن س ب •
(١٤٠) س ب والطبوعة : أو بالله •
(١٤١) س : ان يكتفي •
(١٤٢) س ب والطبوعة : لدلالة ذلك عليها معنى •
(١٤٣) س ب والطبوعة : حتى الآن •
(١٤٤) ب : عندنا نافية (كذا وهو سهو) •

[تغليظ اليمين على الكافر]

[٤٠٦] اما الحالف^(١٤٥) الكافر ، فالتغليظ أيضا مشروع في حقه لفظا كالمسلم ، فينظر :

[تحليف اليهودي]

[٤٠٧] فان كان يهوديا احلفه بالله الذي انزل التوراة على موسى ونجاه^(١٤٦) من الفرق^(١٤٧) .

وهذا اللفظ يحلف به في كل يمين مخففة او مغلظة ، ولا يحلفه بايمانهم ، [نقولهم] اها اشر اها^(١٤٨) ، ولا بالعبر

(١٤٥) س ب والمطبوعة : اما الكافر الحالف .

(١٤٦) س : ونجاه وقومه من الفرق .

(١٤٧) قال الشاعبي : وان كان المستحلف ذميا احلف بالله الذي انزل التوراة على موسى وبغير ذلك مما يعظم اليمين به ، مما يعرف انه حق وليس بباطل (الام ٢٨٠/٦) وقابل ذلك بما في ٣٢/٧ ، وبما في المختصر ٢٥٤/٥ ، وقد شرح ذلك الماوردي في أدب القاضي ج ٣ الفقرة ٤٣٢٠ وما بعدها .

(١٤٨) الزيادة من س ب .

(١٤٩) س ب والمطبوعة : لاهيا شراها وما اثبتناه عن الاصل ، الموافق لما في القاموس اذ جاء فيه واهيا بكسر الهمزة اشر اها بفتح الهمزة والشين يونانية أي الازلي الذي لم يزل ، ثم قال : وليس هذا موضعه ، لكن لأن الناس يغلطون ويقولون اها شراها وهو خطأ على ما يزعمه اجبار اليهود (قاموس شره ٢٨٨/٤) وفي المغرب : (يا هيا شراها) بالتشديد سريانية (ص ٤٠٦) وفي اللسان : وقولهم هيا شراها معناه يا حي يا قيوم بالعبرانية (٤٠١/١٧) وقد ضبطها الأب انستاس ماري الكرمللي اها اشر اها بفتح الهمزة وسكون الهاء وفتح الهمزة الثانية والشين ، وقال هي بمعنى انا هو

كلمات (١٥٠) •

وتغليظ اليمين في حقه بالمكان في بيعهم ، وبالزمان في اشرف وقت
لصلواتهم •

[يمين النصراني]

[٤٠٨] وان كان نصرانيا احلفه بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى عليه السلام ، الذي ابرا له الاكمة والابرص ، واحيا له الموتى •
وتغليظ اليمين في حقه بالزمان في الدماس ، وبالزمان في اشرف

الذي انا او انا هو الثاني ، من العبرية ، وامرات بها انا الموجود الذي
لن ازال موجودا ، وقال انها قد وردت في سفر الخروج (١٤/٦)
بهذا اللفظ ووردت في الامتاع والنواصة (هيا شراعي) بالتخفيف
(١٦٧/٢) انظر المعجم المساعد ٧٦/٢ - ٧٧ وذکر محققه ان السرملي
قد نسب عن هذه اللفظة في مجلة الرساله ١٠/١٦٤٦ ، وقد ورد في
كتاب (من نرائنا الشعبي) لعبد الحميد العلوجي تفصيل واف بشأنها
وبشأن استعمالها في عادات الناس وموروثهم الشعبي (ص ١٣٥ -
١٣٧) وانظر حاشية الفقرة ٤٣٢٩ من الجزء الثالث من ادب القاضي
للماوردي •

(١٥٠) الكلمات العشر : هي ما يسمى عند اليهود بالنوصايا العشر وهي
ملخص التعاليم الدينية التي اوصى الله بها موسى وقد وردت في
الكتاب المقدس انظر سفر الخروج ٢٠/٢ - ١٣ ، ١٨/٣١ ،
١٥/٣٢ - ١٩ ، ٣٤ ، وسفر التثنية ٦/٥ - ٢١ انظر بشأنها
الموسوعة العربية الميسرة ص ١٩٥٣ •

(١٥١) س : علي عيسى وابرائه الاكمة والابرص واحيائه له الموتى •
(١٥٢) س ب والمطبوعة : الموتى باذن الله • وانظر بشأن تحليف
النصراني : الام ٦/٢٨٠ ، ٣٢/٧ ، المختصر ٥/٢٥٤ ، أدب القاضي
للماوردي ج ٣ الفقرة ٤٣٣٠ ، المذهب ٢/٣٢٣ ، مغني المحتاج
٤/٤٧٣ •

(١٥٣) س : وتغلظ •

وقت لصلواتهم (١٥٤) .

[يمين المجوسي] (١٥٥)

[٤٠٩] وان كان مجوسيا احلفه بالله الذي خلقه ورزقه
[وصوره] (١٥٦) .

وهل يحلفه^(١٥٧) بالله الذي خلق النور والنار ؟ فيه وجهان .

فان تغلظت اليمين عليه ، فاجل الامكنة عندهم بيت النار ، فهل
تغلظ به ؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي^(١٥٨) والمراوذة . واختار القاضي
أبو الطيب انه لا تغلظ^(١٥٩) يمينه به^(١٦٠) ، لانهم لا يعظمون بيت
النار ، وانما يعظمون النار ، ولم يحث فيه خلافا .

واما الزمان ، فلا صلوات لهم مؤقتات ، بل لهم زمزمة^(١٦١) برونها

(١٥٤) س ب والمطبوعة : لصلاتهم .

(١٥٥) بشأن يمين المجوس انظر المصادر السابقة .

(١٥٦) الزيادة من س ب .

(١٥٧) س : يحلف .

(١٥٨) انظر أدب القاضي للماوردي ح ٣ الفقرة ٤٣٣٤ .

(١٥٩) س ب : لا تغلظ عليه ، وهو ما اثبته محقق المطبوعة .

(١٦٠) س : اليمين .

(١٦١) ب والمطبوعة : زمزمة ، وقال محقق المطبوعة : (لعل ذلك اسم عبادة

عندهم . وقد تبادر للذهن ان تكون الكلمة معروفة من ازممة ولكن

الجملة الثانية تبعد هذا الاحتمال ولم اجد في القاموس والمصباح

معنى لها) هكذا قال ، وفي نسخة س (مرتبة) ، وفي الاصل :

(نوبة) من غير تنقيط ، وما اثبتناه عن كتاب أدب القاضي للماوردي

اذ وردت العبارة هنا مقارنة لما ورد فيه فقد قال الماوردي : (واما

الزمان فليس لهم صلوات مؤقتات يحلفون فيها وانما لهم زمزمة

قربة ، فان كانت مؤقتة احلفوا في اعظم اوقاتها عندهم ، والا سقط عنهم
تفليظ ايمانهم بالزمان^(١٦٢) ، الا انهم يرون النهار اشرف من الليل ، لأن
النور عندهم اشرف من الظلمة ، فيحلفون في النهار •

[يعين الوتني]

[٤١٠] وان كان الحالف وثنيا ، لم يحلفه بما يعظمه^(١٦٣) من
الأوثان ، ولا بالذي خلقها بل يحلفه بالله الذي^(١٦٤) خلقه ورزقه واحياه •
ويسقط عنهم تفليظ ايمانهم بالمكان ، اذ لا مكان لهم ، وبالزمان ،
[٤٩/ب] الا ان لهم يوما يروونه اشرف الأيام ، فان بعد او تأخر^(١٦٥)
لم تؤخر اليمين •

[يعين الدهري]

[٤١١] وان كان الحالف دهريا ، لا يعتقد خالقا ، ولا معبودا ،
احلف^(١٦٦) بالله الخالق الرازق •
فان قيل : فهو لا ينزجر بها ، فما الفائدة •

يرونها قربة . فان كانت مؤقتة عندهم احلفوا في اعظم اوقاتها وان
لم تكن مؤقتة سقط تفليظ ايمانهم بالزمان الا انهم يرون النهار
اشرف من الليل لأن النور عندهم اشرف من الظلمة فيحلفون في النهار
دون الليل (ادب القاضي ج ٣ الفقرة ٤٣٣٥ •

(١٦٢) س ب والمطبوعة : من الزمان •

(١٦٣) س ب والمطبوعة : بما يعظمونه •

(١٦٤) س : بل يحلفه بالذي •

(١٦٥) س : وتأخر •

(١٦٦) ب س والمطبوعة : احلفه •

قلنا : فيه فائدتان (١٦٧) :

أحدهما : اجراء حكما (١٦٨) عليهم قال الله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم » (١٦٩) .

والثانية : ان يزداد (١٧٠) بها اثما ، ويدركه (١٧١) شؤمها ، وربما يتعجل (١٧٢) بها انتقام .

[امتناع هؤلاء من الحلف بصيغة معينة .]

[٤١٢] فلو ان الحاكم حلف اليهودي : بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والنصراني بالله الذي انزل (١٧٣) القرآن على محمد ، فامتنع من اليمين بذلك ، هل يصير فائلا ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي عن شيخه القفال .

[حضور القاضي البيع والكنائس لتخليفهم فيها]

[٤١٣] قال الشيخ أبو علي : ولا خلاف ان القاضي يحضر بيع اليهود ، وكنائس النصارى ، ليخلفهم .

(١٦٧) ب والمطبوعة : قلنا اثنتان احدهما .. وفي نسخة س : قلنا لشيئين احدهما .

(١٦٨) ب س : اجراء حكمها عليهم .

(١٦٩) المائدة : ٤٩ .

(١٧٠) س ب : ليزداد وقد تصحفت في المطبوعة الى : ليزداد (كذا بزيادة الف) وهو خطأ مطبعي .

(١٧١) س : ويناله شؤمها .

(١٧٢) س : وربما يتعجلونها انتقاما .

(١٧٣) ب والمطبوعة : انزل الفرقان .

وهل يحضر بيت النار ليحلف المجوس ؟ فيه وجهان ، وهذا قد ذكرناه .

فهذا انتهى الكلام والنظر في اليمين وصفتها وكيفيتها .

[طلب الحالف من الحاكم كتابة مضر بذلك]

[٤١٤] ويتصل بذلك انه مهما حلف الحالف ، وانتهت الخصومة بين المتداعيين بحلف احدهما ، فطلب الحالف من الحاكم ان يكتب له محضرا بما جرى عنده كتب .

و [هل] (١٧٤) هو واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان (١٧٥) .

[٤١٥] ويستحب ذكر الحلية مع النسب ، ثم ان كان كل منهما معروفا بالنسب عنده كتب اسمهما ونسبهما وحضورهما لديه ، وتداعيها ، وما انتهت اليه خصومتها ، حسبما وقع عنده (١٧٦) .

[صورة المحضر]

[٤١٦] فيكتب بعد البسملة : حضر مجلس الحكم العزيز بمدينة كذا حرسها الله تعالى [لدى الحاكم بها يومئذ فلان ، وسنذكر ما تليق

(١٧٤) الزيادة من س ب .

(١٧٥) ورد في حاشية الاصل قوله : (الاصح الاستحباب) .

(١٧٦) العبارة المبتدئة بقوله : ويستحب ذكر الحلية . . . المنتهية هنا

سقطت من س ، واقحمت في نهاية الاسطر الثلاثة الآتية بعد قوله :

(واحضر معه فلان بن فلان بن فلان) قليلا حظ ذلك .

كتابتة (١٧٧) في ذلك جملة في موضعه ان شاء الله تعالى [(١٧٨) بتاريخ
 كذا وكذا ، فلان بن فلان ، واحضر معه فلان بن فلان بن فلان ، فادعى
 المبدوء بذكره على المثني بذكره كذا ، ويصف دعواه ويحذرهما الى
 اخرها ، وسؤاله التسليم اليه والجواب ، فاجاب المدعى عليه بكذا وكذا ،
 فان بان انكر الادعوى واحلفه على نفي استحقاق ادعوى به ، وسال (١٧٩)
 الحاكم كتبه (١٨٠) المحضر ، شارحا فيه ما جرى بينهما ، ليسا عن اليمين
 التي حلفها في هذه الادعوى ، كتب له ذلك كذلك .

وان [كان] (١٨١) اعترف بصدق المدعي في دعواه ، وسأله المدعي
 كتبه (١٨٢) المحضر شارحا فيه اعترافه له بذلك ، ليكون المحضر حجة
 بيده ، حذارا من انكار المدعى عليه بعد ذلك ، كتب له ذلك .

[٤١٧] هذا اذا عرفهما [٥٠/أ] نسبا واسما . وان لم يعرفهما ، فهو
 محل النظر والاشكال .

قال القاضي أبو الطيب ، وتلميذه الشيخ أبو نصر وغيرهما : اذا
 سأله الحالف (١٨٣) كتبه (١٨٤) المحضر كتب : حضر رجل ذكر انه

(١٧٧) ب كتبته .

(١٧٨) الزيادة من س ب . وسيرد ذلك في الباب السادس من هذا الكتاب .

(١٧٩) ب س والمطبوعة : وسأله . وهو سهو .

(١٨٠) س : كتابة وهو ما رجحه محقق المطبوعة وقال : (وفي الاصل

كتبه وهو تصحيف أو حسب قواعد الخط السابقة) وما ائتمناه عن

الاصل وعن ب ، والكتب : مصدر كالكتابة .

(١٨١) الزيادة من س ب .

(١٨٢) س والمطبوعة : كتابة .

(١٨٣) في الاصل : الحاكم وهو سهو وما ائتمناه عن س ب وعن سياق

الحديث السابق .

(١٨٤) س والمطبوعة : كتابة .

فلان بن فلان ، ومن حليته^(١٨٥) كيت وكيت ، [واحضر رجلا ، ذكر
انه فلان بن فلان ، ومن حليته كيت وكيت]^(١٨٦) فادعى من ذكر انه
فلان [بن فلان]^(١٨٧) على الآخر فانكر ، فطلب احلافه ،
فاحلفته^(١٨٨) ، أو فافر ، أو فكل ، وردت^(١٨٩) اليمين على المدعي
فحلف باحلافي ، قالوا : ثم اذا طلب الحالف من الحاكم التسجيل بذلك
والحكم له به اجابه اليه^(١٩٠) وحكم .

[٤١٨] هذا ملخص ما ذكروه ، وفي النفس من هذا شيء ظاهر ،
وذلك ان عقد هذا المحضر ، وحكم الحاكم [على المستحلف]^(١٩١)
للمحالف ، [أو]^(١٩٢) على المقر للمقر له ، أو على الناكل عن اليمين
للمحالف المردودة عليه اذا لم يعرفهما هذا الحاكم ، ان كان الغرض منه
تذكر الواقعة عند حضورهما ، والطمح بانهما هما اللذان تداعيا أولا ، وجرى
بينهما ما شرح في المحضر ، ليعمل الحاكم بما جرى عنده [اذا حضرا
لديه بعد علمه ، بما كان جرى عنده]^(١٩٤) ، فهذا غرض صحيح ،
وطريق سائع^(١٩٥) ، ومقصد حسن .

-
- (١٨٥) س : ومن حليته كذا وكذا
 - (١٨٦) الزيادة من ب وقد سقطت من الاصل ومن س
 - (١٨٧) الزيادة من س
 - (١٨٨) في الاصل : فاحلف ، وما اثبتناه عن ب س
 - (١٨٩) في الاصل وفي نسخة ب : ورد ، وما اثبتناه عن س
 - (١٩٠) س : اجابه في سؤاله
 - (١٩١) الزيادة من س ، وفي ب : على الحالف للمستحلف
 - (١٩٢) الزيادة من س ب
 - (١٩٣) س : اذا حضرا اليه
 - (١٩٤) الزيادة من س ب
 - (١٩٥) س : شائع

[٤١٩] وان كان الغرض - من عقد هذا المحضر وتسجيله على الحاكم بالحكم على حلية من لا يعرفه [لمن لا يعرفه] (١٩٦) - المكتوبة بذلك الى بلد آخر اذا غاب الحالف المدعى عليه مثلا (١٩٧)، ليستفيد (١٩٨) به ، انه اذا احضره (١٩٩) المدعي المستحلف الى حاكم البلدة الثانية ، وادعى عليه بذلك المدعى به في البلدة الاولى عند حاكمها ، وانكر ، وطلب احلافه ، فحلف (٢٠٠) ، ان يذكر لحاكم البلدة الثانية ، ان معه محضرا من حاكم البلدة الاولى ، يتضمن تداعيها ، وانكاره ، واستحلافه على نفي الدعوى ، وحكم الحاكم الاول بذلك ، وقيم (٢٠١) بينة تشهد (٢٠٢) على الحاكم الاول بذلك ليقابل الحاكم الثاني بين صفات المتداعيين المذكورة في المحضر ، وبين صفاتهما المشاهدة ، ويعمل بها اذا حصل انكار من المدعى مثلا ، قائلا : لسنا هما (٢٠٣) الموصوفين (٢٠٤) في هذا المحضر ، ولا طلبت من الحاكم المسمى فيه احلاف هذا (٢٠٥) ، فالعمل في هذا على الحلبي والصفات في غاية (٢٠٦) الاشكال .

[٤٢٠] واشكل منه ، ما لو كان المدعى عليه المجهول في المحضر اعترف بالدين المدعى به عند الحاكم الاول ، فكتب للمدعي محضرا بما

-
- (١٩٦) الزيادة من س ب
 - (١٩٢) س ب : مثلا اليه
 - (١٩٨) س : يستفيد
 - (١٩٩) في الاصل وفي نسخة س : اذا احضر
 - (٢٠٠) س : وحلف لم يذكر
 - (٢٠١) ب : وتقوم ، وكذا في المطبوعة
 - (٢٠٢) س : وتشهد
 - (٢٠٣) ب : هنا
 - (٢٠٤) س : الموصوفان
 - (٢٠٥) س ب والمطبوعة : في غاية البعد والاشكال

جرى بينهما ، وباعتراف المدعى عليه ، وحكم عليه على حليته وصفته في سجل (٢٠٧) عقد للمدعي ، واشهد (٢٠٨) عليه بذلك شهودا [٥٠/ب] فلو غاب المقر المحكوم عليه الى بلدة أخرى ، ققصده المحكوم له اليها وظفر به واحضره عند حاكمها ، وادعى عليه بذلك الدين فانكر ، فطلب احلافه منه فاجابه (٢٠٩) ، فحلف ، فاحضر المدعى المحضر الذي بيده ، واحضر بيته شهدت عنده على الحاكم الاول باعتراف رجل من حليته كيت وكيت ، ذكر ان اسمه فلان بن فلان بن فلان بكذا لرجل من حليته كيت وكيت ، ذكر ان اسمه فلان بن فلان (٢١٠) .

فلو قال هذا المدعى عليه : لست هذا المقر المحلى في هذا المحضر ، والصفات تشابه (٢١١) ، أو قال : انا المقر ولكن لرجل آخر ليس هو هذا المدعي ، أو لم اذكر ان اسمي واسم أبي ما ذكر في هذا المحضر ، فما الذي يفعله هذا الحاكم الثاني بعد قيام البينة على (٢١٢) الحاكم الاول بما في محضره وسجله ؟

لا سبيل الى الزام الخصم مع انكاره ، وحلفه ، وعدم بيته تشهد على عينه باقراره ، ولا سبيل الى الزامهما العود الى الحاكم الاول بناء (٢١٣)

(٢٠٧) س : في محل عقده المدعي واشهد .

(٢٠٨) ب والمطبوعة : فاشهد .

(٢٠٩) ب س والمطبوعة : فاحلفه فحلف .

(٢١٠) قوله : (بكذا لرجل من حليته كيت وكيت ذكر ان اسمه فلان بن

فلان) ليس في س .

(٢١١) في الاصل : متشابهة .

(٢١٢) العبارة (الحاكم الثاني بعد قيام البينة على) سقطت من

نسخة س .

(٢١٣) في الاصل : يقابلها على مقابلة الصفات . وما اثبتناه عن ب س .

على مقابلة الصفات المذكورة في المحضر بالصفات المشاهدة في حلية (٢١٤) المدعى عليه • لأنه يقول : انا مظلوم بدعوى هذا علي ، وليس له حق علي (٢١٥) ، والحلي تشابه ، وقد حلفت على عدم استحقاقه ، فلا يجوز الزامي (٢١٦) مشقة السفر ، والتعطيل عن المعيشة ، والعود الى حاكم ببلدة انا مدع اني لم احضر عنده ، ولا اقررت بشيء ، فالحرية تأتي هذا التكليف •

فهذا منه كلام سائق ، والزامه العود الى الحاكم الاول في غاية البعد وربما لم يذهب اليه ذاهب •

[٤٢١] وهذا كله بخلاف ما اذا ثبت عند حاكم ملكية زيد لعبد ، أو بهيمة موصوفة بصفات ، وكان ذلك بيد من يدعيه ملكا له في بلد آخر ، فاذا ثبت عند حاكم بلد العبد الموصوف بصفات مشاهدة قائمة به ، اشهاد (٢١٧) حاكم بلد المدعي ان زيدا مالك لعبد (٢١٨) من صفته كيت وكيت ، وقوبلت تلك الصفات بصفات العبد المشار اليه ، فوافقت الزم (٢١٩) من في يده العبد اذا انكر استحقاق مدعيه الاول له ، حملة الى حاكم بلد زيد مدعيه ، حتى اذا حضر عنده أشار الشهود الذين شهدوا بانه ملك زيد اليه عند الحاكم (٢٢٠) ، بان هذا العبد ملك زيد ، وانه هو

(٢١٤) س ب : في خلقة الادعى عليه ، وكذا في المطبوعة •

(٢١٥) س ب والمطبوعة : وليس له علي حق •

(٢١٦) في الاصل : الزامه •

(٢١٧) س : اشهد •

(٢١٨) ب والمطبوعة : مالك العبد (وهو سهو) •

(٢١٩) في الاصل وفي ب : الزام ، والتصحيح من س ، وهو ما اختاره محقق المطبوعة •

(٢٢٠) العبارة (بانه ملك زيد اليه عند الحاكم) سقطت من س •

الذي شهدوا على صفاته [٥١/أ] بأنه (٢٢١) ملك زيد .

[٤٢٢] والفرق بين المدعى عليه أولا ، وبين المدعى به اذا كان عبدا من وجهين :

احدهما : ان العبد ملحق (٢٢٢) بالاموال في غالب الاشياء ، فالتحق بالبهيمة لكثرة تبدل الايدي والملاك (٢٢٣) عليه بالبيع والشراء والهبات ، بخلاف الحر المدعى عليه .

الوجه الثاني في الفرق : هو ان الحر المدعى عليه يمكن في الغالب معرفة نسبه (٢٢٤) بالاستخبار عنه ، والاستفاضة الشائعة بين الناس ، فهو على الجملة في مظنة العلم بنسبه ، بخلاف العبد ، فانه لا يمكن معرفة نسبه أصلا .

وظهر (٢٢٥) الفرق بينهما .

[٤٢٣] فثبت بهذا ان عقد المحضر وتسجيله على مجهول بحلية

(٢٢١) من هنا يبتدىء ما سقط من الاصل ، وذلك في نهاية الورقة ٥٠/ب بمقدار يقرب من عشر أوراق الا ان تسلسل الاوراق لم يختل ، والظاهر ان ذلك لم ينجم عن سهو الناسخ بل عن فقدان كراسة كاملة من الكتاب والكراسة عندهم تقع في عشر أوراق على الرغم من وضع كلمة في نهاية الورقة ٥٠ ب وهي قوله للبائع وهي الكلمة التي ستأتي في المسألة الثامنة من الفصل السادس الآتي ، فليلاحظ ذلك وقد اعتمدنا في تدوين الساقط من الاصل على نسخة ب في الورقة ٤٣/١ .

(٢٢٢) س : يلحق .

(٢٢٣) ب والمطبوعة : الايادي والملاك ، وما اثبتناه عن س .

(٢٢٤) س : نسب .

(٢٢٥) س : ويظهر الفرق بينهما فيثبت .

وصفة ، عديم الجدوى على تقدير انكاره ببلد غير بلد الحاكم الذي جرى
التداعي لديه ، وهذا قريب من شهادة الشاهد على رجل مجهول لا يعرفه
عينا ولا اسما ولا نسبيا ، اعتمادا على صفة وحلية ، فان كثيرا من جملة (٢٢٦)
الشهود يشهدون بذلك كذلك ، ومتى طلب منهم ادائها على المشهود عليه
في غيبته أو موته ، بادروا الى ادائها ، وهذا لا يجوز منهم قولاً واحداً ،
ولا تسمع شهادتهم على من لا يعرفونه نسبياً واسماً قطعا .

[٤٢٤] هذا لا اعرف فيه خلافاً ، والعلماء من الشهود المتورعون (٢٢٧)
لا يشهدون على مجهول عندهم أصلاً ، خوفاً من الوقوع في مثل ذلك ،
وان وقعت منهم مسامحة في تحمل شهادة على مجهول بحلية وصفة ،
فانما (٢٢٨) يفعلون ذلك اعتماداً على ادائهم للشهادة في حضور المشهود
عليه ، وعلى عينه ، اذا تذكروا الشهادة عليه ، بما اعترف به عندهم ويكون
ذكر الحلية والصفة في الكتاب أو الدستور مساعداً على الذكر ، وممينا
على حصول العلم بما سبق منه من الاقرار (٢٢٩) .

وسنعتقد في هذا فصلاً حسناً ان شاء الله تعالى في أثناء الشهادات .

★ ★ ★

-
- (٢٢٦) س : من جملة .
 - (٢٢٧) س : والمتورعين .
 - (٢٢٨) س : وانما .
 - (٢٢٩) س : والاقرار .

الفصل الخامس

في الدعوى على الغائب والقضاء عليه

[٤٢٥] لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة رضي الله عنه في سماع الدعوى على الغائب في مسافة القصر (١) .

[٤٢٦] وتسمع الدعوى على الحاضر المتمتع عندنا ، وكذلك المتغيب في البلد .

وهل تسمع الدعوى على من هو في حد مسافة المدعى فما دونها ؟ فيه خلاف (٢) .

[٤٢٧] وكذلك هل تسمع الدعوى على الحاضر الذي ليس بمتمتع عن الحضور ولا متغيب ؟ فيه خلاف ، والصحيح انها لا تسمع .

[٤٢٨] وهكذا سماع اليئنة عليه ، والحكم عليه ، فيه خلاف .

[٤٢٩] ثم من ادعى على غائب أو متغيب أو متمتع ، فهل يشترط بعد صحة دعواه بالحق المدعى به ان يذكر انكار الخصم الغائب ؟ فيه

(١) لا يجوز القضاء على الغائب عند الحنفية ، سواء كان في مسافة القصر أو في البلد ، ولا يحكم على الغائب الا في صور معينة ، فانظر جامع الفصولين ٣٩/١ ، معين الأحكام ٥٣ ، ٦٠ ، الفتاوى الهندية ٤٣٢/٣ ، بدائع الصنائع ٣٩١٨/٨ ، الدر المختار ٥٤٣/٥ ، وانظر درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١٥٨/٤ المادة ١٦١٨ .

(٢) انظر الخلاف في ذلك في معني المحتاج ٤١٤/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦٥/٨ ، جواهر العقود للاسيوطي ٣٦٠/٢ ، أدب القاضي للماوردي ٣٠٧/٢ الفقرة ١٢١٣ وما بعدها .

وجهان مشهوران ، العمل على انه يذكر ، ليقدر منكرا ، حتى تقوم البينة على منكر ، اذ لا وقع لها على معترف •

[نصب المسخر]

[٤٣٠] فاذا نجزت^(٣) دعواه ، هل يحتاج الحاكم في جوابها الى نصب مسخر يأذن له القاضي في الجواب عن الغائب ؟ فيه وجهان مشهوران^(٤) أيضا •

قال الشيخ أبو علي : الاصح عدم النصب • والمختار النصب ، لأن الدعوى تستدعي جوابا ، وقد تذر جواب الغائب ، فمن ينصبه الحاكم يقوم مقامه منكرا ، إذ أسوأ أحوال الغائب الإنكار •

[حالات المدعي في القضاء على الغائب]

[٤٣١] فاذا اجاب المسخر بالإنكار ، سمعت بينة المدعي بالحق المدعي به ، فان كانت عادلة ، أو ثبت تعديلها عند الحاكم ، فللمدعي أربع^(٥) أحوال :

الحالة الاولى : ان يطلب من الحاكم القضاء على الغائب ويبيع ما يثبت له في بلد الحكم من عقار ، ووفاء الدين منه ، أو وفاء الدين من مال يثبت انه للغائب ، أو تسليم العين المدعى بها ان كانت الدعوى وقعت بعين •

(٣) س : تحررت •

(٤) انظر الوجهين في مغني المحتاج ٤/٤٠٧ ، نهاية المحتاج ٨/٢٥٦ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/٣٦٧ ، أدب القاضي لابن القاص الورقة ١/٢٥ •

(٥) س : اربعة •

الحالة الثانية : ان يطلب من الحاكم الاشهاد عليه بثبوت الحق عنده
من غير حكم •

الحالة الثالثة : ان يطلب منه نقل شهادة البينة الشاهدة عنده الى بلد
الغائب •

الحالة الرابعة : ان يدعي عنده منقولا غائبا موصوفا بصفات السلم ،
كملك^(٦) عروض ، أو عبد ، أو أمة ، أو حيوان •

الحالة الاولى : طلب القضاء على الغائب :

[٤٣٢] والمذهب المقطوع به في الصحة ، جواز^(٧) القضاء على
الغائب • وفيه قول قديم انه غير جائز ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ما لم يكن
له تعلق بحق خصم حاضر ، وذلك في مسائل^(٨) :

منها : ان يقذف عبدا ، وسيده غائب ، فيقيم العبد بينة على سيده انه
اعتقه فيقضى على الغائب بذلك •

ومنها : ان يدعي على حاضر انه ضمن من غائب [٤٤/أ] مالا ، أو
ان الغائب احواله بما^(٩) له في ذمته على هذا الحاضر ، فيقضى على
الغائب •

ومنها : ان يدعي ان الغائب باع^(١٠) شقفا من هذا الحاضر ، وله
فيه شفعة ، فيقضى على الغائب بالبيع •

(٦) س : بملك •

(٧) و (٨) انظر هذه المسائل في الفتاوى الهندية ٤٣٣/٣ وما بعدها •

(٩) ب : بما في ذمته ، وما أثبتناه عن س •

(١٠) س : ابتياع شقص •

ومنها : القضاء على الزوج الغائب بنفقة زوجته وأولاده وعبدته حتى يباع العبد في نفقتهم ، ويستوفى أيضا دينه ، ان كان له دين ، أو يباع عقار يثبت (١١) انه ملك للغائب في نفقتهم •

ومنها الحكم على الغائب بنفقة حيوان غاب عنه •

[٤٣٣] وهذا القول الموافق لمذهب أبي حنيفة في منع القضاء على الغائب في غير هذه المواضع لا تفريع عليه ، فاذا فرعنا [على] (١٢) القضاء على الغائب مطلقا فانما يحكم (١٣) [على المدعى عليه] بعد سؤال المدعى واحلافه للحكم •

وقد سبق ذكر الخلاف في استحقاقها ، واستجوابها ، وكيفية اليمين وتقليظها (١٤) •

فاذا احلفه ، وسأله الحكم وجب عليه ان يحكم ، فيقول : حكمت بذلك ، أو قضيت به ، والزم الغائب ذلك •

قال الشيخ أبو نصر : يقول : انفذت الحكم به ، ويشهد عليه به ، فان طلب بعد ذلك ان يسجل له بكاغد من بيت المال حاضرا (١٥) أو من عند المحكوم له هل يلزم القاضي ان يسجل له بما ثبت عنده ، وحكم به ؟ فيه وجهان (١٦) •

(١١) س : ثبت •

(١٢) الزيادة من س •

(١٣) في ب : فانما يحكم عليه للمدعى بعد سؤال المدعى • وما اثبتناه عن س •

(١٤) مر ذلك في الفصل الرابع السابق الفقرة ٢٨٩ •

(١٥) س : حاضرا •

(١٦) انظر المهذب ٢/٣٠٦ •

[٤٣٤] فإن طلب من الحاكم بيع عقار للغائب ، في وفاء دينه المحكوم به ، وليس له فيما علمه مال آخر ، باع القاضي من عقاره ما يقضي به الدين بعد ثبوت ملكية الغائب له ، أو اعتراف من هو في يده ، انه ملك الغائب .

وان كان له بالبلد مال وعروض وحيوان وعقار قضى الدين من المال ، ثم باع الحيوان ، ثم العروض^(١٧) ، بقدر وفاء الدين ، وأمر الكاتب بكتب^(١٨) سجل يشرح فيه ثبوت الدين ، والحكم به ، وبيع ما قضى به الدين ، وتركه في ديوان الحكم للغائب ، لتؤمن^(١٩) دعوى هذا المدعي في وقت آخر عند حاكم آخر .

وسنذكر كيفية الكتابة في قسم الشروط الحكيمة ان شاء الله تعالى^(٢٠) .

الحالة الثانية : [طلب الاشهاد على الغائب بانثبوت]

[٤٣٥] ان يطلب من الحاكم الاشهاد عليه بثبوت ذلك عنده من غير حكم ، فله ذلك ، وعلى الحاكم الاشهاد به .

وهل يجب اسجاله ان طلب ؟ فيه وجهان . وقد ذكرنا فيما تقدم ان الثبوت المجرد ، هل هو حكم أم لا ؟ والمختار انه ليس بحكم ، واشبعنا^(٢١) القول فيه^(٢٢) .

(١٧) س : ثم باع العروض .

(١٨) س : وأمر الكاتب بكتب .

(١٩) س : ليوفر .

(٢٠) سيرد ذلك في الباب السادس .

(٢١) س : واسبعنا .

(٢٢) مر ذلك في الفصل السادس من الباب الثاني .

وحكى القاضي أبو الطيب وتلميذه الشيخ أبو نصر : ان الشيخ أبا حامد الاسفرايني قال في نقل الشهادة : لا يقول القاضي الكاتب : ثبت عندي ، لأن ثبوته [٤٤/ب] عنده حكم به ، واختاره الشيخ شرف الدين بن أبي عصرون •

وقال الماوردي^(٢٣) : هل الثبوت حكم ؟ فيه وجهان ، أحدهما : قاله^(٢٤) الشيخ أبو حامد الاسفرايني : هو حكم ، والوجه الثاني ، وهو أصح^(٢٥) عندي : انه لا يكون حكما ، لأن الحكم هو الالتزام ، وليس في الثبوت الزام ، فلا يكون الثبوت حكما •

واختار^(٢٦) الشيخ أبو اسحاق ان الثبوت ليس بحكم •

الحالة الثالثة : ان يطلب^(٢٧) منه نقل البينة التي شهدت عنده :

[٤٣٦] وذلك اذا ادعى المدعي بالحق على غائب ، واقام عنده بينة بذلك ، فتارة تكون البينة عنده عادلة ، وتارة لا تكون كذلك ، فيكتب الى قاضي بلد الغائب بما جرى عنده من الدعوى وسماع البينة •

ثم ان كانت عادلة عنده ذكرها ، وذكر صفة عدالتهم ، ولا بد من ذكر الشهود ، ووصفهم بالعدالة ان كانوا عنده من المعدلين ، وان لم

(٢٣) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له ١٠٣/٢ الفقرة ٢٢٥٣ ، وليس

فيه الفقرة الاخيرة وهي قوله (فلا يكون الثبوت حكما) •

(٢٤) ب : قال ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي •

(٢٥) س : الاصح ، وما اثبتناه عن ب وعن أدب القاضي للماوردي •

(٢٦) س : واختيار •• ويفهم قول أبي اسحاق من كلامه في كتاب القاضي

الى القاضي فانظر المذهب ٣٠٥/٢ •

(٢٧) س : ان طلب •

يكونوا معدلين عنده كتب انهم ادوا الشهادة عنده بذلك ، وسممها فقط ،
وفوض امر تعديلهم الى المكتوب اليه •

[٤٣٧] قال الامام : اتفق الاصحاب على ان القاضي اذا سمع بينه
المدعي على الغائب ولم يقض بها ، كتب بها الى قاضي الغائب : اني سمعت
البينة على الغائب بعد دعوى المدعي ، ويذكر المدعي باسمه ونسبه (٢٨) ،
وكذلك المدعي عليه ، ويذكر الشهود واسماءهم ووصفهم بمدالة (٢٩) ان
ثبتت عنده ، أو بسماع (٣٠) شهادتهم من غير قبولها ، ان لم تثبت عدالتهم
عنده ، ثم يقول : وفوضت القضاء اليك •

قال الامام : اتفق الاصحاب على جوازه في الطرق ، وساعد عليه
أبو حنيفة (٣١) ، وفيه اشكال ، فان سبيل هذا (٣٢) سبيل شهادة على
شهادة ، فكأن القاضي شاهد فرع على شهادة أصليين ، ودليل هذا عدم
قبول شهادة النقل فيما دون مسافة القصر على رأي ، ودون مسافة العدوى
قولا واحدا •

قال الامام : قال القاضي : هذا (٣٣) غير منصوص عليه للشافعي رضي
الله عنه ، والقياس ان لا يثبت بقول القاضي وحده شهادة شاهدين ، اذ
الشهادة لا تثبت بقول واحد •

قال الامام : هذا والذي (٣٤) ذكره القاضي ليس مذهبا ولا وجها

(٢٨) س : ويذكر اسم المدعي ونسبه •

(٢٩) س : بالمدالة •

(٣٠) س : سماع •

(٣١) مرت الإشارة الى مظان قول أبي حنيفة وأصحابه في أول هذا الفصل •

(٣٢) في المطبوعة : هذه وهو سهو أو خطأ مطبعي وما اثبتناه عن س ب •

(٣٣) س : غير هذا •

(٣٤) س : وهذا الذي •

مخرجاً ، وإنما هو ابداء اشكال • والذي اجمع عليه الاصحاب ^(٣٥) ، ان قالوا : سماع اليينة من القاضي حكم منه بقيام اليينة ، والحكم على مذهبنا ليس افتتاح امر ، وانشاء شأن ، وإنما هو اظهار ما تعذر ممن هو مطاع متبع ، فإذا حكم على زيد فمعناه ظهر له وجوب الحق عليه لعمرو ، والشرع الزمه اتباعه ، فكذلك اذا ظهرت اليينة ، فاطهرها ، كان ذلك حكماً منه في هذا الركن [٤٥/أ] ، فاذن نستجيز ^(٣٦) القول بان هذا حكم أو نقل ، فان احببنا قلنا : قضاء مشوب بالنقل ، أو نقل مشوب بالقضاء ، واسد العبارات ان نقول : قضاء مشوب بالنقل •

فهذا ^(٣٧) ما ذكره الامام ، وهو في غاية الحسن •

[٤٣٨] وليس لقائل ان يقول : هذا لا يخلو : اما ان يكون ^(٣٨) سماع القاضي الشهادة حكماً منه بما جرى عنده ، فينبغي ان يقبل هذا الحكم منه ، في قصر المسافة وطولها ^(٣٩) ، كالحكم بالحق المشهود به ، ولا سيما اذا كانوا معدلين عنده ، فيكون قضاء منه بتعديلهم ، فيلحق بكل حكم صدر منه ، وان لم يكن حكماً منه بشيء ، بل مجرد اخبار ^(٤٠) منه ان اليينة شهدت عنده بذلك ، كان ناقلاً لشهادتهم ، فيصير كشاهد فرع ينقل شهادة شاهد أصل ^(٤١) • ولا عهد لنا بقبول شهادة ^(٤٢) فرع واحد على اصلين ، لأن الامام قد اجاب عن هذا فقال : انه قضاء مشوب بنقل ،

(٣٥) والذي اجمع عليه الاصحاب •

(٣٦) س : استجيز •

(٣٧) س : هذا •

(٣٨) ب : كان •

(٣٩) س : قصر المسافة وطولها •

(٤٠) س : اختيار •

(٤١) س : فيصير كشاهد فرع ينقل شهادة أصل •

(٤٢) س : ولا عهد لنا بقول شاهد •

أو نقل مشوب بقضاء ، وهذا كلام فقيه لطيف المعنى ، وذلك ان النقل المتحضر نقلا هو شهادة شاهد فرع ، ليس بقاض ، على شهادة أصل ليس بقاض ، فهذا محض شهادة على شهادة يعتبر فيها ما سنذكره في باب الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى^(٤٣) فهو مخبر محض ، له شروط ■ والمخبر ليس اهلا لحكم ، ولا لقضاء^(٤٤) ، ولا لثبوت شيء عنده ، والمتحضر^(٤٥) حكما ثبوت الحق عند الحاكم بطريقه الشرعي ، وحكمه^(٤٦) به ، ونقل الحاكم شهادة من شهد عنده بحق ليس بشهادة على شهادة قطعا ، لأنه لا يشترط^(٤٧) فيها ما يشترط في الشهادة على الشهادة بلا خلاف . وليس بحكم محض ، كالحكم بالحق المدعى به ، لاشك فيه ، لكنه اخذ شيئا يسيرا من باب الشهادة على الشهادة ، وشيئا من الحكم ، فصار قضاء بسماع البينة ، لكنه مشوب بنقلها ، أو نقلا^(٤٨) للبينة ، لكنه مشوب بقضاء ، لانه اهل للقضاء .

[٤٣٩] وقوله : شهد عندي فلان وفلان بكذا ، قضاء منه بما ذكره عنهما .

وقوله : لو كان حكما لقبل في المسافة القريبه . يحكمه بالحق المدعى به ، فلما لم يقبل ، دل على انه شهادة على شهادة .
فلنا لسنا نسلم ذلك ، لانه^(٤٩) اذا ثبت الحق عنده ، وتلفظ بالثبوت

(٤٣) سيرد ذلك في الفصل الرابع من الباب الرابع .

(٤٤) س : قضاء .

(٤٥) س : والمخبر .

(٤٦) س : بطريق شرعي وحكم .

(٤٧) ب : لانه يشترط وما اثبتناه عن س هو الصواب .

(٤٨) س : أو نقل البينة .

(٤٩) ب : فانه .

بالبينة ، ولم يحكم ، لم يقبل في المسافة القريبة عندنا ، اذا قلنا : ان الثبوت ليس بحكم ، ومع ذلك يقبل بقوله وحده بالاجماع ، دل ، والحالة هذه ، على ما ذكرناه .

[٤٤٠] وانما في بعض ما ذكره الامام نظر ، وهو قوله : الحكم في مذهبنا ليس افتتاح امر ، وانما هو اظهار ما تعذر ، فاذا حكم على زيد لعمره ، فمعناه ظهر له وجوب الحق على زيد لعمره ، والشرع الزمه اتباعه [٤٥/ب] .

هذا كلامه ، وهو عندي مشكل ، فلسنا نسلم^(٥٠) ما ذكره ، بل الحكم افتتاح امر لم يكن ، واظهار ما تعذر انما هو ثبوت الحق بالبينة ، لانا نعتقد ان الثبوت ليس بحكم ، وان الحكم امر وراء الثبوت ، فالحق ظهر بالبينة ، وظهر ان لزيد على عمره درهما مثلا مشهودا به ، فاذا ثبت الحق عنده ، وتلفظ بالثبوت لم يجز له التلفظ به الا بعد ظهوره عنده بقبول الشهود ، وثبوت عدالتهم عنده .

ثم بعد ظهوره عنده اذا حكم به ، فليس معناه ظهر له وجوب الحق ، بل معناه قضى على الخصم به ، أو الزمه به ، أو حكم عليه به ، وظهوره حصل بثبوته بالبينة قبل الحكم به .

ودليل هذا ترتب أحكام كثيرة على الحكم ، لم ترتب على ثبوته قبل الحكم به ، مع ان الحق قد ظهر بالبينة العادلة بلا اشكال .
فهذا ما عندي في هذا من النظر^(٥١) .

(٥٠) س : فلسنا نقول .

(٥١) ب : فهذا ما عندنا من هذا النظر . وما اثبتناه عن نسخة س .

الحالة الرابعة : [دعوى العين المنقولة الموصوفة]

[٤٤١] ان يدعي عنده انه مالك العرض^(٥٢) الذي من صفته كذا ، أو عبداً ، أو أمة من صفته كذا ، ثم تارة يدعي انه مالك لذلك ، وانه في يد فلان بن فلان الغائب ، وتارة يدعي ملكيته مطلقاً من غير تعيين الغائب الذي هو في يده ، فهل تسمع الدعوى بالمنقول الموصوف الغائب ، سواء ذكر ان فلانا الغائب سرق ذلك منه ، أو اغتصبه^(٥٣) ، أو استعاره ، أو لم يذكره ، لكن ينصب مديراً يدعي عليه به .

[نصب مدير عن الغائب]

[٤٤٢] وقد اصطلاح حكامنا على المدير ، والدعوى عليه ، والمدير عند بعض الشرطين الفقهاء هو الوكيل عن المدعى عليه في سماع ما يدعي عليه ، ورد الجواب عنه ، لمن يلتمس ثبوت اقراره ببيع ، أو هبة ، أو وقف ، أو اقرار بدين أو بقار ، أو اجارة بالتسجيل عليه .

وهذا مما وضعه المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة^(٥٤) رحمه الله تعالى ، للخروج من الخلاف^(٥٥) في القضاء على الغائب ، واحترازاً من ابطال الحقوق ، بطول^(٥٦) الزمان عليها وحدث الموت ، وربما كان

(٥٢) ب : العروض .

(٥٣) س : غصبه .

(٥٤) نقل ابن قاضي سمانونة عبارات الحنفية في نصب الوكيل عن الغائب وما يسمى بالمسخر أو المدير فانظر جامع الفصولين ١/ ٣٩ ، وانظر الفتاوى الهندية ٤٣٣/ ٣ وما بعدها .

(٥٥) في المطبوعة : لخلاف . وهو خطأ مطبعي .

(٥٦) س : يطول .

عند المقر كبر ورعونة تستحش (٥٧) على الترفع عن حضوره الى مجلس
الحكام ، ومساواة خصمه المدعى ، فينصب له وكيلًا ، سموه مديرا ، يجب
عن الدعاوى التي يدعى عليه بها .

ومنهم (٥٨) من قال : المدير هو ان يدعي المدعي انه مالك مثلا لجميع
العبد الارمني أو التركي الذي من صفته كيت وكيت ، وان قيمته كذا
وكذا ، وانه في يد هذا الحاضر على سبيل الغصب والدوان ، وانه يطلب
تسليمه منه ، ويسأل القاضي امره بتسليمه اليه ، وجوابه عن دعواه ،
فالقاضي (٥٩) يقول للمدعى عليه : ما تقول في دعواه ؟ فيجيبه بالانكار ،
فيقيم المدعى البينة .

فهذا المدعى عليه [٤٦/أ] المجيب يسمى مديرا ، مشتقا من ان
يجوابه دارت القضايا عند الحكام ، اذ لولا جواب المدعى عليه لما سمع من
المدعى دعوى لا على مدعى عليه .

واصطلح الحكام عليه مع ما فيه من كذب المدعي ، وكذب المدعى
عليه ، وعلم القاضي بذلك .

لكن قيل : ان القاضي حسينا (٦٠) قال : هذا كذب محطوط (٦١) ،
اذ علم ان القصد منه التوصل الى اثبات الحقوق بما لا ضرر فيه ، ولا
مقصود منه الا ترويح اثبات الاحكام (٦٢) والتسجيل على الحكام .

(٥٧) ب والمطبوعة : يستحش .

(٥٨) س : وقال بعضهم .

(٥٩) س : فللقاضي ان يقول .

(٦٠) ب س والمطبوعة : ان القاضي حسين .

(٦١) ورد في حاشية قليوبي : وجاز انكار مسخر وان كان كذبا للمصلحة

• ٣٠٨/٤

(٦٢) س : اثبات الحقوق .

[٤٤٣] وعندي في هذا نظر ، اذ يمكن التخلص من هذا الكذب الذي لا ضرر في تركه وارتيابه ، ولا حاجة اليه لا حاجة (٦٣) ولا ما دونها ، وهو ان يكلف المدعى احضار المدعى عليه ، ان كان حاضرا مقدورا على احضاره ، وان كان غائبا ، فللمدعى طرق في استعلام الغائب المستولي على ملكه ، وكشف حاله ، واستخبار اسمه ونسبه ، فاذا حصل علمه بذلك ادعى عليه حقيقة ، وخلص من التورط في الكذب .

فهذا اولى عندنا من الهجوم على كذب من مدع ومن مدعى عليه ، بجواب ، مع علم القاضي بكذبهما ، وقد شاهدنا مرة ، وسمعنا مرات كثيرة ، ان دأب الوكلاء ببلدان كثيرة بالشام والعراق اثبات كتب تضمنت ابتياع عقارات من بائعيها ، وقبض كالبائعين الاثمان ، وتسليم المشتري المبيع من بائعه ، بالدعوى على من كان حاضرا معهم في المجلس .

فكل وكيل يدعى على وكيل آخر ، وفي الآخر لصاحبه بالجواب . هذا مع حضور المتبايعين بالبلد ، وامكان حضورهما الى مجلس الحكم واستنطاقهما بالتوكيل ، بأن يوكل المشتري وكيلاً مثبتاً ، والبائع يوكل وكيلاً مجيباً نافياً ، حتى تقوم البينة على وكيل المدعى عليه ثابت الوكالة منكر .

وما سبب اصطلاحهم (٦٤) على هذا ، واتفاقهم عليه الا علمهم بموافقة كل واحد من المتبايعين وتصديقهما لما جرى بينهما ، وعلم البائع ان المشتري يروم اثبات شرائه ورضاه بذلك ، وان البائع لو حضر وسئل عما جرى

(٦٣) س : لا جافة ، وفي المطبوعة : لا خافة به ولا ما دونها ، وقد علق عليها المحقق بقوله : (وقد تكون الكلمة لاجابة أي لاجابة الدعوى) انتهى . وما اثبتناه عن ب ومعنى الحاجة الحاقة : النازلة الشديدة .
(٦٤) س : اصطلاحهم عليه .

بينهما لصدقه ، فاكفى الوكلاء بهذا القدر ، وسامحهم الحكام به .
وهذا قريب من اقامة الينة على البائع الحاضر ، بانه وكل زيدا في
الجواب ، مع امكان^(٦٥) حضوره في المجلس ، وتكليفه الاعتراف بالوكالة
عند الحاكم ، فانه قد سمعت^(٦٦) الينة بالتوكيل فقط قولاً واحداً مع
حضوره بالبلد ولم يخرج على الخلاف في جواز سماع الدعوى على حاضر
من غير حضوره ، أو حضور وكيله .
قال الاصحاب : سوغ بهذا في الوكالات فقط لما ذكرناه [٤٦/ب] .

[الدعوى على حاضر بدون احضاره]

[٤٤٤] واصل هذه المسامحة في هذا كله وقوع الخلاف في جواز
سماع الدعوى على الحاضر من غير احضاره مجلس الحكم ، وكل ما وقع
الخلاف فيه بين الائمة ، فهو في الجملة في محل المسامحة .

[الحكم بالشهادة على ما ينقل من الاعيان الغائبة]

[٤٤٥] عدنا^(٦٧) الى المقصود . فاذا ادعى أنه مالك العرض الفلاني
الذي من صفته كيت وكيت الغائب عن هذا البلد ، أو العبد الفلاني الذي
من صفته ، كيت وكيت الغائب عن البلد ، وذكر قيمة ذلك ، وذكر انه في يد
فلان بن فلان الغائب ، أو انه في يد زيد هذا الحاضر غصباً وتمدياً^(٦٨) ، وسأل
سؤاله ، وصحح دعواه ، فاجابه المسخر بالانكار ، وطلب اقامة الينة على
ذلك بالصفة ، هل^(٦٩) تسمع الينة بذلك ؟ فيه قولان مشهوران ، العمل

(٦٥) س : مع انكاره في المجلس (وهو سهو) .

(٦٦) س : سمع .

(٦٧) ب : عندنا .

(٦٨) في هامش ب : متعدياً ، وما اثبتناه عن س .

(٦٩) س : وهل .

على انها تسمع (٧٠) .

وقال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : الصحيح انها لا تسمع البيئة بذلك ، قال وهو القياس ، ومذهب أبي حنيفة ومحمد ، لكثرة الاشتباه (٧١) .

[٤٤٦] فإن قلنا : تسمع البيئة على العين الغائبة المنقولة الموصوفة بالأوصاف المشروطة في صحة السلم فهل يحكم الحاكم بها ، ويقضي للمشهود (٧٢) له بها أم لا ؟

قال الشيخ أبو علي : فيه قولان ، واطلق ، وقال عنده انه لا يحكم بها ، لأن اختياره ان لا تسمع البيئة ، فالحكم بها أولى ان لا يجوز .

وقال الماوردي (٧٣) : هل يجوز الحكم بشهادة البيئة على ما ينقل من الاعيان الغائبة ؟ فيه قولان ، أحدهما : وهو المنصوص عليه ، وحكاها الشافعي (٧٤) عن أبي حنيفة ومحمد ، واختاره المزني انه لا يجوز ، حتى يشير الشهود اليها بالتعيين ، قال : وهذا أصح القولين ، والمعول عليه ، والثاني : يجوز (٧٥) الحكم بها كالمقار ، وفيه قول ثالث مخرج

(٧٠) انظر ذلك في نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ ، حاشية قليوبي وعميرة

٣١١/٤ ، مغني المحتاج ٤١١/٤ .

(٧١) انظر جامع الفصولين ٥٤/١ .

(٧٢) س : الشهود (وهو تصحيف) .

(٧٣) انظر قول الماوردي في أدب القاضي له ح ٢ ص ١٠٦ الفقرة ٢٢٦٧ وما بعدها .

(٧٤) انظر حكاية الشافعي لذلك في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الام ح ٧ ص ١١٥ و ١١٦ .

(٧٥) س : (انه يجوز) وانظر نقل الشافعي لهذا القول في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (مع الام) ح ٧ ص ١١٥ وانظر الام ٢٢٣/٦ .

عن ابن سريج انه قال : ان اختص العبد الغائب بوصف يندر وجوده في غيره كشامة في موضع من جسده أو اصبع زائدة في موضع من يده ، أو كان مشهورا من عييد السلطان ، لا يشاركه غيره في اسمه وصفته ومنزلته جاز الحكم بشهادتهم في غيبته والا فلا ، واجرى ذلك في الانساب فيمن ^(٧٦) غاب ، اذا رفع ^(٧٧) في نسبه حتى زال ^(٧٨) الاشتراك ، حكم فيها بالشهادة ، وان قربت ^(٧٩) وامكن اشتباها لم يحكم ^(٨٠) بالشهادة الا مع التعيين .

قال الماوردي ^(٨١) : فان قلنا : ان الحكم لا يجوز الا مع التعيين ^(٨٢) ، ففي جواز سماعها والمكاتبة بها قولان .

[٤٤٧] قلت : فاذا قلنا : يجوز سماعها ، واذا سمعها وكانت عادلة عنده بعد سبق دعوى المدعي بها ، قال الشيخ أبو علي : يكتب له كتابا الى قاضي بلد العين الغائبة ، ليحضر من في يده تلك العين ، مع العين ^(٨٣) ، ويستحلف [٤٧/أ] المدعي بالله سبحانه ، انه مالك العين الموصوفة التي شهد له بها الشهود عند فلان القاضي ، ولم يخرج عن ملكه .

والثاني : انه يسمع البينة فقط ، ولا يحكم بها ، بل يكتب له كتابا

(٧٦) س : فمن .

(٧٧) س : يرفع .

(٧٨) س : يزال .

(٧٩) س : قويت .

(٨٠) س : يحكمها .

(٨١) قول الماوردي في أدب القاضي له ١٠٨/٢ الفقرة ٢٢٧٥ .

(٨٢) العبارة (قال الماوردي فان قلنا ان الحكم لا يجوز الا مع التعيين)

سقطت من س .

(٨٣) س : التعيين .

الى قاضي البلد الذي ^(٨٤) العين به ، مضمونه : ان فلانا ^(٨٥) ادعى عندي على فلان الغائب ببلدك ان له في يده عبدا أو أمة ، أو دابة ، أو ثوبا ، ووصفه ، واقام على ذلك بينة عادلة • ثم القاضي المكتوب اليه يحضر من في يده العين والعين • فان لم تكن بتلك الصفات رد الكتاب ، وان كانت بتلك الصفات ، انتزع العين من يده ، وكتب صفتها وحليتها ، وختم الكتاب ، وقلده بخيط في عنق العبد ، أو ربطه على الثوب ، ان كان المدعى به ثوبا •

[٤٤٨] هذا كله قول الشيخ ابي علي ، وقوله في الوجه الاول : انه يقضي له بالينة ثم القاضي المكتوب اليه يستحلف المقضى له ، كما وصفه من اليمين • هذا فيه نظر ، لأنه اذا حكم له بالعين التي ادعى انها في يد الغائب ، فهو حكم على غائب ، ولا بد فيه من اليمين على الاصح ، فكيف حكم له بغير يمين ؟ الا ان يكون الشيخ أبو علي فرّع منها على ان الحكم على الغائب لا يحتاج الى يمين ، فهذا صحيح ^(٨٦) •

[٤٤٩] ثم ان حكم له بيمين ، وحلفه ، فالقاضي المكتوب اليه اذا ثبت عنده اشهاد القاضي ^(٨٧) الكاتب بذلك ، وقابل بين صفات العين المكتوبة في الكتاب الواصل اليه على يد المدعي ، وبين صفات ^(٨٨) العين التي احضرها من يد ^(٨٩) المدعى عليه ، فوجدوها موافقة ، وطلب المدعي انتزاعها

(٨٤) في س ب : (التي) والبلد قد يذكر وقد يؤنث ، ولكنه لما قال : (العين به) ولم يقل بها صححنا الجملة الى ما يقتضيه السياق •

(٨٥) ب : ان قلنا ادعى : وما اثبتناه عن س •

(٨٦) س : فهذا هو الصحيح •

(٨٧) س : ارسال القاضي الكتاب •

(٨٨) س : وهي صفات •

(٨٩) س : في يد •

من يد من هي في يده ، سلمها اليه الحاكم من غير يمين ، الا ان يدعي
 ذو اليد عليه الآن ما يوجب اليمين ، كدعواه انه اشتراها منه ، أو انه
 وهبها منه ، او ناقل شرعي تصح الدعوى به ، فله ان يستحلفه على دعوى
 صحيحة توجبها •

[تسليم العين بكفيل]

[٤٥٠] ثم متى طلب المدعي من الحاكم المكتوب اليه ان يسلم اليه
 العبد الموصوف ، لموافقة الصفات الثابتة عند القاضي الكاتب ، فلا يسلمه
 اليه الحاكم المكتوب اليه الا بكفيل بقيمته^(٩٠) ، ثم يدفعه اليه •

فاذا وصل بالعبد^(٩١) الى بلد القاضي الكاتب ، احضر شهود الصفات
 ليشهدوا العبد ، ويشهدوا على عينه ، فان شهدوا على عينه سلمه اليه ،
 وكتب الى القاضي الثاني ليرى الكفيل •

هذا قول حكاك الشيخ أبو علي • ثم قال : وقد زيف^(٩٢) الشافعي
 هذا القول ، لأن فيه تسليم المدعى به الى المدعي قبل ثبوت ملكه واحاله^(٩٣)
 بينه وبين ما كان في يده • قال ابن سريج على هذا القول : ان لم [٤٧/ب]
 يضمن المدعى قيمته ، ومؤوته^(٩٤) في سفره ، واجرة مثل مدة غيبته ،
 لا يبعثه القاضي معه •

والقول الثاني : ان القاضي المكتوب اليه يأمر المدعى عليه ببيع العبد
 أو الجارية ، أو العين من المدعي ، ويجبره على البيع ، فان امتنع باعه

(٩٠) س : يقيمه •

(٩١) س : العبد

(٩٢) زَيْف : أي جعله زائفا ورديثا ، القاموس (زَيْف) ١٠٥/٣ •

(٩٣) س : واحال •

(٩٤) س : قيمة مؤنته •

القاضي عليه من المدعي ، ويأخذ الثمن منه ، ويضعه على يد عدل ، أو يأخذ كفيلاً بالثمن ، ويسلم العبد اليه ، ويكتب بالقضية الى القاضي الكاتب أولاً ، فان شهد شهود الصفات على عين العبد^(٩٥) بالملك للمدعي بها ، حكم له بها ، ويَسَن^(٩٦) بطلان البيع ، لأنه باع منه ملكه ، ويرى انكفيل ان كان كفيل عنه الثمن ، أو يرد اليه الثمن ان كان قد اخذ منه ، وان لم يشهدوا على عينه ، حكم عليه بصحة البيع منه ، ويلزمه تسليم الثمن الى البائع ان لم يكن سلمه اليه . هذا كله في العروض المنقولات والحيوانات والعبيد^(٩٧) .

[٤٥٩] اما الجارية ففيها وجهان :

احدهما : حكمها حكم العبد في انفاذها على يد مدعيها على ما ذكر في العبد حتى على قول بيعها منه ، لو بيعت منه ، ووطئها في الطريق كان واطئاً ملكه .

قلت : وعندي ان هذا في غاية البعد ، وتسليط على الوطء في ملك منزلول لم يستقر .

ومن أصحابنا من قال : لا تبعت الامة مع المدعي بحال ، ويفال له : متى حضرت بيتك على عينها ، انها ملكك سلمت اليك .
وقيل بيعها القاضي مع ثقة يكون مع المدعي اما عدل ، أو امرأة^(٩٨) .

(٩٥) ب : المين

(٩٦) ب : وتبين

(٩٧) ب : العبد

(٩٨) وهو الذي ذكره الرملي واقتصر عليه (نهاية المحتاج ٢٧٦/٨) .

وحكى الماوردي^(٩٩) هذا الخلاف كله في التسليم الى المدعي وكيفيته ، واختلاف العبد والامة ، وبيع العبد من مدعيه كما ذكرناه^(١٠٠) ، لكنه حكى ذلك فيما اذا كان القاضي الكاتب سمع البينة وحكم بها للمدعي ، وقلنا بجواز^(١٠١) ذلك •

وقد تم الكلام في هذا • وسنذكر ان شاء الله تعالى في كتاب القاضي الى القاضي شيئا من هذا ، ونذكر ما يجب له ويشترط فيه ، وكيفيته التحمل والاداء^(١٠٢) •

[٤٥٢] فان قال قائل : اذا لم يقع الحكم بالشهادة بالعين الغائبة المنقولة الا مع التمين من الجهتين ، فما الفائدة في سماعها على احد القولين ، والمختار السماع عند كثير من الحكماء ؟

قلنا : قال الشافعي^(١٠٣) رضي الله عنه : فائدته ان لا يتكلف^(١٠٤) القاضي الثاني انكوب اليه الكشف عن عدالتهم ، ولا يتكلف^(١٠٥) الشهود اعادة شهادتهم عند حضور العبد ، وانما يقتصرون على الاشارة بالتمين ؟ فيقولون : هذا هو العبد الذي شهدنا به لفلان •

(٩٩) انظر حكاية الماوردي لهذا الخلاف في أدب القاضي ١١٠/٢ الفقرة ٢٢٨٢ •

(١٠٠) س : ذكرنا •

(١٠١) س : يجوز •

(١٠٢) سيرد ذلك في كتاب القاضي الى القاضي •

(١٠٣) انظر قول الشافعي في كتاب الدعوى والبيئات من كتاب الام ٢٦١/٦ •

(١٠٤) س : لا يكلف •

(١٠٥) س : لا يكلف •

قال الماوردي : ويستفاد [٤٨/أ] بها عندي فائدة ثالثة ، وهو ان
يموت العبد فيستحق بهذه الشهادة على ذي اليد قيمته (١٠٦) على نفعه
وصفته (١٠٧) .

★ ★ ★

(١٠٦) س : قيمة العبد .
(١٠٧) ب : ووصفه ، وما اثبتناه عن س وعن أدب القاضي للماوردي
١٠٩/٢ الفقرة ٢٢٧٩ لأن الكلام له .

الفصل السادس

**في التداعي بين المتخاصمين ، ووقوع المعارضات
بينهما في بيناتهما^(١) وما يوجب ترجيحاً لأحدهما ،
وفي الشهادة بالملك واليد المتقدمين**

[٤٥٣] ونقدم على هذا قاعدة ، وهي ان مذهبنا ان بينة الداخل تقدم
على بينة الخارج ، الا في مسائل :

منها اذا اقام الخارج بينة^(٢) انه اشتراها من ذي اليد ، واقام ذو
اليد بينة انها ملكه مطلقا ، رجحت بينة الخارج^(٣) .

ومنها : اذا اقام الخارج بينة انه^(٤) اشتراها من ذي اليد ، واقام
دو اليد بينة انه ورثها من ابيه ، فيينة الخارج اولى .

هذا^(٥) ما ذكره القاضي في تعليقه ، وذكر الامام عنه : اذا اقام
الخارج بينة بالملك المطلق ان العين ملكه^(٦) واقام^(٧) [ذو اليد بينة بالملك

(١) س : شأنهما .

(٢) ب : قام الخارج بينة .

(٣) انظر بشأن ذلك نهاية المحتاج ٣٣٨/٨ ، مغني المحتاج ٤٨١/٤ .

(٤) ب : قام الخارج بينة انها .

(٥) ب : هذا ذكره .

(٦) قوله : (ان العين ملكه) ليس في ب واثباته عن س .

(٧) انقطع الكلام هنا في نسختي ب وس وجاء بعده بياض فيهما ، وقد

جاء في نسخة ب هنا ما نصه : (مبيض هنا في نسخة قوبلت على

نسخة المصنف) وما بين القوسين زيادة يقتضيها السياق . كما في

المطبوعة .

المطلق ، أو المقيد بشراء أو ارث أو غير ذلك قدمت بينة ذي اليد [•

ومنها : اذا اقام الخارج بينة ان العين ملكه ، وان ذا اليد غصبها منه ،
واقام ذو اليد بينة انها ملكه مطلقا ، قال القاضي حسين في موضعين من
تعليقه : بينة الخارج اولى ، قال : وفيه اشكال ، وعند الاصحاب بينة ذي
اليد اولى •

وحكى البغوي تلميذه فيها وجهين ، وقال : الاصح ان^(٨) بينة
الداخل اولى ، مخالفا لما اُفتي به^(٩) استاذة •

وقال المراقبون كلهم أو غالبهم : بينة الخارج اولى ، ولم يحك أحد
منهم فيما اعلمه فيه خلافا •

وقال الشيخ أبو علي : الصحيح انه يقضى لذي اليد •

والصحيح عندنا ما اختاره المراقبون ، وهو ان بينة الخارج ، والحالة
هذه اولى لأن معها زيادة علم ، وهو غصب ذي اليد لها من الخارج ، وبينة
ذي اليد اعتمدت في شهادتها على ظاهر اليد الذي قد اثبتت بينة الخارج
انها غاصبة •

[ماذا يريرون بالداخل وبالخارج]

[٤٥٤] اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم ان الداخل عبارة عن ذي اليد الذي
العين المدعى بها في يده ، والخارج عبارة عن المدعى الذي ليست العين
المدعاة^(١٠) في يده •

(٨) لفظة (ان) سقطت من ب ومن المطبوعة واثباتها عن س •

(٩) لفظة (به) سقطت من ب واثباتها عن س •

(١٠) س : المدعى بها •

فإن ادعى الخارج بعين في يد ذي يد عليه ، وصحح دعواه ، إن أقر بها سلمت إليه ، وإن كان أنكر أو سكت^(١١) ، فقد سبق تفصيل ذلك في أول الدعاوى على ابلغ وجه في البيان^(١٢) .

ولنذكر هذا الذي نحن بصدده مسائل نرسمها ليسهل تناولها .

[مسائل في التداعي بين المتخاصمين]

المسألة الأولى : [طلب الكفيل قبل إقامة البينة]

[٤٥٥] إذا أنكر المدعى عليه فلم يطلب المدعي الحلف ، ولكن قال : لي بينة أقيما ، وأريد منه كفيلا في الحال .

قال الإمام : [٤٨/ب] لم يلزمه بالاتفاق ، ولكن جرى رسم القضاة به .

وعندنا فيه تفصيل حسن ، ولعل رسم القضاة منزل عليه : وهو أن المدعى به إن كان ديناً ، وكان المدعى عليه غريباً مجهولاً ، تظهر عليه إمارات التمتن^(١٣) ، وعدم حفظ المروءة والدين^(١٤) ، فللمدعي طلب كفيل ، والحالة هذه .

وهكذا إن كان المدعى به عينا منقولة يمكن نقلها ، والمدعى عليه موصوف بما ذكرناه .

أما إذا كان المدعى به عقاراً فليس له طلب كفيل أصلاً ، كيف كان ، فإن الخوف إنما هو غيبته ، وإقامة البينة إن غاب ممكن .

(١١) ب : وسكت .

(١٢) مر ذلك في أول هذا الباب .

(١٣) ب : التغييب .

(١٤) في المطبوعة : والدين وما اثبتناه عن س ب .

وان كان المدعى به ديناً ، أو منقولاً يمكن نقله واخفاؤه ، ولكن كان المدعى عليه قاطناً بالبلد ، أو مشهوراً بالورع ، أو ظاهر المال ، بعيداً منه ان يتغيب ، فلا سبيل الى تكليفه اقامة كفيل عليه في مقابلة دعوى مجردة •

المسألة الثانية : [طلب التكفيل أو الحبس قبل تعديل البيئة]

[٤٥٦] اذا أقام شاهدين ، ولم يعدلاً ، والتمس من المشهود عليه كفيلاً ببدنه لزمه ، فان امتنع حبس •
هذا ان كان المدعى به ديناً •

ولو أقام شاهداً واحداً عدلاً ، ولم يحلف ، والتمس كفيلاً أو حبساً ان امتنع ، هل يجاب المدعى الى ما طلبه ؟ فيه وجهان^(١٥) •

وفي المقار : اذا أقام شاهدين مجهولين ، وطلب الحيلولة بين الداخل وبينه الى ان يزكى بيته هل يجاب اليه ؟ فيه وجهان •
وفي الشاهد الواحد المدل^(١٦) وجهان مرتبان ، وأولى ان لا يجاب اليه •

[٤٥٧] ولو ادعت زوجة طلاقاً على زوجها ، وشهد لها شاهدان مجهولان حيل بينهما الى التزكية تشرف البضع وخطره •
وهكذا لو ادعى زوجة امرأة ، واقام بيته مجهولة منعا المرأة من الانتشار^(١٧) قبل التزكية لحق البضع •
وكذلك في الامة اذا شهد لها شاهدان بالعتق مجهولان ، حيل بينهما الى التزكية •

(١٥) انظر المهذب ٣٠٤/٢ •

(١٦) س : المدل •

(١٧) س : من الانتشار •

وكذلك في العبد ان طلبه ، وفي الامة لا يتوقف^(١٨) على طلبها ، بل على القاضي فعله ابتداء من غير سؤالها •

ولو اقامت الزوجة^(١٩) شاهدا واحدا بالطلاق أو اقام^(٢٠) العبد أو الامة شاهدا واحدا بالعتق هل يحال بينهما وبين المالك ؟ فيه قولان •

[مدة الامهال للتركية أو لتتمام البينة]

[٤٥٨] ومدة^(٢١) الامهال للتركية أو لتتمام البينة فيما ذكرناه ثلاثة أيام • ولا يمهل أكثر من ذلك •

[٤٥٩] ونفقة العبد والامة في مدة الجيلولة من كسبهما ، فان لم يكن فمن بيت المال ، ثم ان لم يثبت العتق يرجع^(٢٢) بها على السيد لبيت المال •

المسألة الثالثة : [طلب الحجر على المدين قبل تعديل البينة]

[٤٦٠] اذا ادعى عليه ديناً ، فاقام شاهدين مجهولين أو شاهدا ولم يحلف [٤٦ / أ] وطلب من الحاكم الحجر على المدعى عليه خوفاً من اقراره بأموال ونقلها^(٢٣) بيع أو هبة ، هل يجب اليه ؟ فيه طريقان •

وفصل القاضي حسين ، فقال : ان عرف المدعى عليه بالحيلة ، واستمرت له عادة بها حجر الحاكم عليه •

(١٨) س : لا يوقف •

(١٩) س : المرأة •

(٢٠) س : واقام •

(٢١) س : وهذا الامهال •

(٢٢) س : رجع •

(٢٣) س : بالعين أو نقلها •

ومما وقع عندنا في الفتاوى ، ما اذا ادعى على رجل بعين في يده ، وكان للمدعى بينة غائبة أو حاضرة ، لكنها مجهولة ، وخاف من نقلها ، أو ادعى عليه بدين ، وله اعيان حاضرة من عقار وغيره ، فانكر ، ولم يكن (٢٤) له بينة حاضرة ، وخيف من اقراره بما هو في يده الأولاده أو لغيرهم ، وجرى هذا في بلد قد عم هذا بينهم ، واشتهر فيما لديهم ، وهذا المدعى عليه اشهر من غيره في فعل هذا ، فالتمس المدعي الحجر عليه ، الى ان يقيم البينة ، فذكر بعضنا فيه خلافا ، ورأى بعض مذهب القاضي حسين ، ورأى بعض ان هذا كالمفلس اذا أحاطت به الديون ، وتحقق ان خرج أكثر من دخله ، وخيف عليه قوات ماله ، وهناك يتعين ضرب الحجر عليه على الاصح ، فهذا قريب الشبه به ، والكل متجه محتمل .

المسألة الرابعة : [طلب التأخير لحضور الموكل]

[٤٦١] اذا ادعى وكيل ثابت الوكالة عن غائب ديناً أو عينا على حاضر فاعترف ، وادعى ان الموكل ابرأه ، أو قبض منه ، وطلب تأخير التسليم الى حضور الموكل وحلفه ، قال الامام وقمت هذه المسألة بين فقهاء مرو ، وتوقف فيها فقهاء الفريقين ، فاستدرك الشيخ القفال عليهم ، وقال : يؤخذ بالتسليم ، وتأخر اليمين الى حضور الغائب ، اذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة الى اسقاط حقوق الغائبين اذا ادعى بها وكلاؤهم .

المسألة الخامسة : [الاقرار لثالث]

[٤٦٢] اذا ادعى ملكاً في يد انسان ، فقال : ليس هو لي ، ولا لك ، فله أحوال خمس (٢٥) .

(٢٤) س : ولم تكن بينة عادلة حاضرة .
(٢٥) س ب : ثلاث وما اثبتناه مما سيذكره في السياق اذ سيذكر خمس أحوال .

الاولى : ان يضيفها الى حاضر ثالث ، فيحضر ، فان صدقه سلمت العين الى الحاضر ، وانصرفت (٢٥) الخصومة اليه (٢٦) . وان كذبه فيه ثلاثة اوجه ، اصحها (٢٧) ان القاضي (٢٨) يحفظها الى ظهور حجة المدعي ، واضعفا انها تسلم الى المدعي ، ووجه ثالث : انها تترك في يد ذي اليد ، فلو رجع المقر بعد تكذيب المقر له ، وقال : غلطت ، هل يقبل ؟ فيه وجهان قبل ازالة يده ، ولا يقبل قوله بعد ازالة سلطته .

ولو رجع أيضا المقر له بعد ان كذب ؟ فيه وجهان ، ثم اذا سلمت العين المقر بها الى الحاضر المقر له ، هل للمدعي تحليف المقر ؟

ان قلنا : انه لو اقر لغرم (٢٩) للحيلولة القولية [٤٩/ب] بالاقرار للثالث ، فله تحليفه . وان قلنا : لا يغرم لم يحلفه (٣٠) .

فاذا قلنا : يحلفه ، فلو احلفه فنكل ، وردت اليمين على المدعي فحلف ، وقلنا : ان يمين الرد بمنزلة الينة ، قال بعض الاصحاب : تؤخذ العين من يد المقر له الثالث ، وتسلم الى المدعي الحالف ، لأن يمين الرد بمنزلة الينة .

والصحيح انا لا نأخذ اليمين (٣١) من يد هذا المقر له ، ولا نسلمها

(٢٥) س : ليصرف .

(٢٦) انظر بشأن هذه المسألة : الام ٢٤١/٦ ، المذهب ٣١٣/٢ .

(٢٧) في المطبوعة : اصحهما (وهو خطأ مطبعي) .

(٢٨) س : للقاضي حفظها .

(٢٩) س : يغرم .

(٣٠) س : فله تحليفه .

(٣١) لفظة (العين) سقطت من المطبوعة ، وهي موجودة في س ب .

الى المدعي الحالف ، بل تقتصر على وجوب القيمة ، لأن يمين الرد ،
وان جعلت كالينة ، لكن في حق المتداعين ، ولا تعدى الى ثالث .

ثم قال الامام بعد ذكر هذا ، فرع بعض المتكلفين على الوجه الضعيف
القائل بانتزاع العين من يد المقر له ، وتسليمها الى المدعي الحالف ، فقال :
اذا اخذت منه ، فهل له ان يفرم المدعي عليه الذي أقر له بها ، ونكل عن
اليمين قيمة العين ^(٣٢) ، لأنه يقول له : لو حلفت يميناً صادقة ما استردها
مني هذا المدعي ، فصار نكولك سبباً لازالة يدي ؟ فيه وجهان ، اصحهما
لا يفرم له شيئاً .

قلت : وقد سبق ذكر هذه المسألة في يمين الرد الى ههنا ^(٣٣) ، وهي
الحالة الاولى ، وقد ^(٣٤) ذكرناها هناك لغرض .

الحالة الثانية : [الاقرار بها لغائب]

[٤٦٣] اذا اضاف العين الى غائب فتصرف الخصومة الى الغائب ^(٣٥) .
وقال المراقبون : لا نحلفه ^(٣٦) لاجل الغرم ، وان قلنا يفرم
للحيلولة لو اقر للثاني .

وقال الشيخ أبو محمد والفوراني : بل يحلف ليتزاع ^(٣٧) العين
من يده باليمين المردودة ان ^(٣٨) نكل ، اذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة

(٣٢) س : قيمة الدار .

(٣٣) مر ذلك في الفقرة ٣٠٨ .

(٣٤) لفظة (وقد) ليست في ب واثباتها عن س .

(٣٥) انظر هذه المسألة في المذهب ٣١٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٥٠/٨ .

(٣٦) س : لا يحلفه .

(٣٧) س : لنزع .

(٣٨) س : لو نكل .

الى اسقاط الدعوى بالاضافة الى الغائب الذي يتعذر رجوعه ، ثم متى رجع الغائب ردت (٣٩) العين اليه ، وعلى المدعي استئناف الخصومة معه .

[٤٦٤] ويتفرع على هذه المسألة ان المدعي في هذه الحالة ان اقام بيته على ان العين ملكه سلمت اليه قولاً واحداً (٤٠) .

ولكن هل هو قضاء على الغائب فيحتاج الى يمين ؟ أو هو قضاء على الحاضر المضيف العين الى الغائب (٤١) ، فلا يحتاج الى يمين المدعي ؟

قال العراقيون : هو قضاء على الغائب ، فلا بد من يمين ، وعند الشيخ ابي محمد والفوراني : هو قضاء على الحاضر ، فلا يحتاج الى يمين .

هذا نقل الامام .

وقال القاضي أبو الطيب ، والشيخ أبو نصر : هل يحلف المدعي والحالة هذه اذا اقام بيته ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فعنهم من قال : نعم ، لانه قضاء على الغائب ، ومنهم من قال : لا يحلف ، وهو أبو اسحاق ، لانه [٥٠/أ] قضاء على حاضر .

ثم قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : وان كان للمقر بيته (٤٢) ، انها للغائب سمعت بيته ، فاذا اقام المدعي بيته انها له ، تدمت بيته على بيته المقر ، ويكون قضاء على الغائب قولاً واحداً .

(٣٩) س : ردت الدار .

(٤٠) انظر هذه المسألة في الام ٢٤١/٦ ، المهذب ٣١٣/٢ .

(٤١) العبارة (فيحتاج الى يمين أو هو قضاء على الحاضر المضيف العين الى الغائب) سقطت من س .

(٤٢) س : ان اقام المقر بيته .

قال : فان قيل : فلم سمعتم بينة المقر ؟ قلنا : لفائدة^(٤٣) زوال
التهمة عنه ، واسقاط اليمين عنه اذا ادعى المدعي انه يعلم انها له •
هذا ما قاله هؤلاء الاثمة •

وقال الامام : اذا كان لصاحب اليد بينة انها للغائب فيه ثلاثة اوجه •
احدها : لا تسمع الا ان يثبت كونه وكيفا •

والثاني : تسمع لا لاثبات ملك الغائب ، بل لقطع التحليف
والخصومة عنه •

والثالث : اختاره القاضي حسين ، ان ادعى لنفسه علقه ، من ودعة
أو عارية ، سمعت والا فلا •

ثم ان سمعت بينة المقر للغائب^(٤٤) بعد ثبوت وكالته ، واقام المدعي
بينة بالملك له قدمت بينة الوكيل لاجل اليد •

وان سمعت بيته دون الوكالة لصرف^(٤٥) اليمين عنه قدمت بينة
المدعي •

[٤٦٥] وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : اذا ادعى المقر
ان العين للغائب وانها في يده باجارة^(٤٦) أو عارية ، واقام بذلك بينة هل
يقضى بهذه البينة ؟ فيه وجهان •

[٤٦٦] ومهما سلمت العين الى المدعي بيته الترجحة^(٤٧) على بينة

(٤٣) في المطبوعة : الفائدة ، وما اثبتناه عن س ب •

(٤٤) ب : الغائب •

(٤٥) س : ليصرف •

(٤٦) س والمطبوعة : باعارة أو اجارة •

(٤٧) س : المرجحة •

الحاضر ، كتب في سجل : ان الغائب على حجته ويده مهما عاد •
ثم متى عاد الغائب وادعى (٤٨) ، وجب عليه اعادة البيعة ، ولا يفنيه
ما اقامه صاحب اليد ، ولكن متى رجع جعلناه صاحب اليد ، حتى اذا اقام
بيعة قدمت على بيعة المدعي ، وانتزعت من يده ، وان كان قد تسلمها قبل
حضور الغائب •

وفرع المرازفة على هذه الحالة ما لو ادعى الحاضر المقر رهناً أو
احارة لنفسه ، هل تسمع بيته ؟ فيه وجهان ، فان قلنا : تسمع ، هل
تقدم (٤٩) على بيعة المدعي ؟ فيه وجهان •
قال الامام : الاظهر لا تقدم ، لانه انما ثبت (٥٠) اجارته ورهنه بحد
بوت ملك الغائب ، فاذن لم تؤثر بيته الا صرف الحلف عنه •

الحالة الثالثة : [الاقرار لرجل مبهم]

[٤٦٧] اذا قال هذه العين لرجل لا اسميه ، المذهب ان الخصومة
لا تصرف عنه بذلك ، بل يحلف ، فان نكل حلف المدعي واخذ ، وقيل
يأخذ القاضي العين ويودعها الى ان تظهر حجته •

الحالة الرابعة : [الاقرار لصبي أو مجنون]

[٤٦٨] ان يضيفها الى صبي أو مجنون انصرفت (٥١) الخصومة الى
الولي ، ولا يحلف الولي أصلاً ، بل تؤخر اليمين الى وقت الاهلية •

(٤٨) ب : واعادها •

(٤٩) س : هل تقدم بينته •

(٥٠) س : ثبت رهنه واجارته •

(٥١) س : ليصرف •

الحالة الخامسة : [الاقرار بها وقفا]

[٤٦٩] ان يقول : هي وقف على ولدي أو على الفقراء انصرفت
الخصومة عنه (٥٢) اليهم ، ولم يبق على المقر الا التحليف للتغريم (٥٣) .
[٥٠/ب]

المسألة السادسة

[دعوى الملك]

[٤٧٠] اذا ادعى ملكا في يده ، وصحح دعواه ، فأجاب المدعى عليه
بالانكار ، وان ما في يده ملك له ، فالقول قوله مع يمينه .
فان اقام المدعى بينة بالملك له سمعت بينته بالملك المطلق قولا واحدا ،
ولا يشترط في سماعها ذكر سبب الملك ، فان أراد الداخل ان يقيم بينة
بالملك له قبل اقامة المدعي الخارج بينته ، وبعد وجود (٥٤) التداعي فقط ،
والعين في يده ، اعني في يد الداخل المدعى عليه ، هل تسمع بينته والحالة
هذه ؟ فيه وجهان .

- قال القاضي حسين : الصحيح لا تسمع .
- وقال الامام : المذهب انها لا تسمع .
- وقالا (٥٥) : قال ابن سريج : تسمع .

ولو أراد الداخل أيضا اقامة البينة بالملك له بعد اقامة الخارج البينة
المجهولة وقبل تعديلها ، هل تسمع ؟ فيه وجهان مرتبان على ما قبل اقامة
البينة ، واولى بالسماع . فان عدلت بينة الخارج ، فأراد الداخل اقامة

(٥٢) س : عنهم .

(٥٣) ب : للتغريم .

(٥٤) س : جواب .

(٥٥) س : وقال .

بينته ، سمعت بينته قولاً واحداً ، ولكن هل تسمع بينته بالملك المطلق ؟
أم يشترط في سماعها اسناد الملك الى سبب ؟ فيه وجهان ، المذهب انها
تسمع مطلقة ، وفيه وجه انه لا بد من ذكرها بسبب الملك الداخل .

[ترجيح بينة الداخل]

[٤٧١] فإن قلنا : تسمع ، فلا شك في ترجيحها على بينة الخارج ،
لوجود اليد معها ، لكن هل يشترط في ترجيحها^(٥٦) ان يحلف مع بينته
ان طلب الخارج يمينه ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يحلف ، فيحلف على اثبات ملكه ، لا على نفي^(٥٧) ملك
الخارج .

ثم متى صار للخارج بينة مقامة عادلة وللداخل مثلها ، فلا يخلو^(٥٨)
أما إن ذكرت بينة الداخل بسبب الملك^(٥٩) أو لا ، ولم يشترطه ، فإن
ذكرته رجحت^(٦٠) على بينة الخارج سواء ذكرت بينة الخارج سبباً
خارجاً عن الانتقال من هذا الداخل أو لم تذكره .

وان لم تذكر بينة الداخل بسبب الملك له ، ولم يشترط ذكره ، بل
أطلقت الشهادة بالملك المطلق له ، وكانت بينة الخارج ذكرت بسبب الملك
للخارج لا من جهة هذا الداخل ، فقد وجد في حق بينة الداخل ما يرجحها
وهو اليد ، ووجد فيها ما يضعفها^(٦١) وهو الاطلاق ، ووجد في بينة

(٥٦) ب : ترجيحها .

(٥٧) ب : لا على ملك ، والزيادة من هامشها ومن س .

(٥٨) ب : لا يخلو .

(٥٩) س : سبب الملك له أو لا .

(٦٠) س : ترجحت .

(٦١) ب : يصفها (وهو تصحيف) .

الخارج ما يرجحها ، وهو بيان سبب الملك ، فقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد ، ولا يبعد تخريج^(٦٢) وجه فيه •

فلو أقام المدعي بينة انها ملكه ، وأقام الداخل بينة انها ملكه ، وترجحت بينته باليد ، فلو شهدت للخارج بينة انه اشتراها من الداخل ، أو اتبها وقبضها منه ، قدمت بينة الخارج بلا خلاف •

وان شهدت بينة الخارج انه اشتراها من الداخل ، وشهدت بينة الداخل انه [٥٩/أ] اشتراها من الخارج قدمت بينة الداخل ، ليد •

[ترجيح بينة الخارج]

[٤٧٢] وان أقام الخارج بينة انها ملكه ، وان الداخل غصبها منه ، أو أجزها^(٦٣) ، أو أودعها منه ، وأقام ذو اليد بينة انها ملكه ، فالنسخ أبو علي : الصحيح انه يقضى لذي اليد ، قال : وقال ابن سريج : يقضى للخارج ، وكذلك قاله البغوي •

ومعظم الاصحاب قالوا : تقدم بينة الخارج والحالة هذه • وقد سبق ذكر هذه المسألة •

اما اذا قامت بينة الخارج ، ولم يتمكن الداخل من اقامة بينة^(٦٤) ، وسلم القاضي العين الى الخارج ، فلو احضر اندخل بينة بعد ذلك ، هل نسمع ؟

قال الامام : فيه وجهان ذكرهما القاضي ، وقال : اظهرهما :

(٦٢) س : ترجيح •

(٦٣) ب : أجزه هي •

(٦٤) س : بينته •

لا تسمع ، إلا ان يقيم البينة على تملك^(٦٥) من جهة هذا الخارج •
قال الامام : وعليه بحث ، وهو قوله : يقيم بينة على تلقي الملك
من جهة المدعي ، فان فيه نظرا ، فانه لو أقام الداخل بينة على تلقي الملك
من سبب آخر ، وجب^(٦٦) قبول بيئته ، وانما لا تقبل اذا لم يذكر سببا
اصلا ، بل شهدت بالملك المطلق بناء على دعواه الملك المطلق •

فاما اذا ادعى الملك ، وذكر مستنده وسببه وشهدت البينة بما ادعاه
من الملك ومستنده ، وجب القبول ، ولا معنى لاشتراط التلقي من هذا
المدعي •

[٤٧٣] قلت هذا الذي ذكره الامام هو المذهب^(٦٧) ، وما نقله عن
القاضي لا اعلم موافقا له من اصحابنا العراقيين ، فان اشتراط التلقي من
الخارج انما يكون فيما اذا أقر الداخل بالملك للخارج ، فانه يؤخذ
باقراءه اذا ثبت •

فلو أراد ان يقيم بينة بالملك المطلق ، أو بتلقي الملك من غير المقر
له ، لم تسمع على المذهب ، بل لا بد من بينة تشهد بناقل من جهة المقر له ،
خلافًا للقاضي حسين •
وهذه المسألة قد مرت في موضع ، وسنعيدها بعد هذا ان شاء
الله تعالى •

فاما فيما نحن فيه ، فلم^(٦٨) يوجد من الداخل اقرار^(٦٩) للخارج

(٦٥) س : ان يقيم البينة بملك •

(٦٦) س : يوجب •

(٦٧) انظر بشأن هذه المسألة : نهاية المحتاج ٣٤١/٨ ، مغني المحتاج
٤٨١/٤ •

(٦٨) ب : ولم •

(٦٩) س : اقرار الخارج •

بالمملك ، والذي وجد اقامة البينة من الخارج ، وعدم تمكن الداخل من
بينة تشهد بالمملك ، وانتزاع العين من يده ، وتسليمها الى الخارج لعدم بينة
شهدت في الحال للداخل .

[بينة الداخل بعد زوال اليد]

[٤٧٤] فاذا قدر عليها بعد زوال يده ، اشترط في سماع بيئته ذكر
سبب ما ، وهو متجه ، اما اشتراط سبب ناقل من جهة الخارج ، فلا
اتجاه له أصلا .

اما اذا أقام الخارج بينة ، ووقع^(٧٠) القضاء بها له^(٧١) ، ولم تول
بعد يد الداخل ، فلو أراد الداخل بعد نفوذ القضاء بيئته^(٧٢) الخارج
وقبل الانتزاع ، ان يقيم بينة على المملك له ، ويذكر السبب ، لا من جهة
الخارج هل تسمع ؟ فيه خلاف مرتب على ما اذا اراد اقامة البينة
بعد [٥١/ب] التسليم الى الخارج ، واولى ههنا بالسماع .

قال الامام : ولو أراد الداخل بعد ان قضى للخارج بيئته ، وبعد
تسليم العين من الداخل^(٧٣) ان يدعي بالعين ، ويدعي المملك المطلق فيها ،
فالامام :

تلقيت من كلام الاصحاب ترددا في ان دعواه المطلقة هل تسمع^(٧٤) ؟
وذهب الاكثرون الى سماعها بتأويل التلقي من الخارج وان لم نذكره .

(٧٠) ب : وقع .

(٧١) س : بماله .

(٧٢) س ب : بينة ، والتصحيح يقتضيه السياق .

(٧٣) العبارة : (بعد ان قضى للخارج . .) الى هنا سقطت من س .

(٧٤) العبارة : (قال الامام تلقيت . .) الى هنا سقطت من س .

ومنهم من قال : لا بد وان يذكر في دعواه تلقي الملك من الخارج الذي قامت له اليانة .

[٤٧٥] قلت : هذا التردد الذي حكاه الامام لعله منسوب الى القاضي حسين . وقد ذكرنا ما عليه من البحث ، لانه اذا لم يقر الداخل بملك للخارج^(٧٥) ، فكيف يكلف دعوى التلقي من الخارج واقامة اليانة ؟ هذا ليس فيه دليل صحيح يظهر لنا فيه .

والذي رأيته أنا في تعليق القاضي ضد ما ذكره الامام عنه : قال القاضي في تعليقه في موضع : اذا اقام الداخل بينة بعد القضاء عليه ، وقبل نزع العين من يده فيه وجهان اصحهما : لا تسمع ، وبعد النزع مرتب على ما قبل النزع ، ثم قال : فرع : لو اقام الداخل بينة بعد نزع العين من يده بانه اشترى العين من الخارج ، أو اهبها^(٧٦) منه ، وأقبضها له ، لا تقبل بينته قولا واحدا ، لأن هذا يؤدي الى نقض قضاء القاضي . هذا لفظه ، وهو مناقض لما حكاه الامام عنه قطعاً .

المسألة السابعة (٧٧) : [الاقرار بغيره ثم يدعيه لنفسه مطلقاً]

[٤٧٦] من أقر بغيره بملك ، ثم ادعاه مطلقاً ، لم تقبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه خلافاً للقاضي حسين ، وخالف فيه جميع الاصحاب ، لانه مؤاخذ^(٧٨) باقراره في مستقبل الامر ، فان الاقرار من أقوى الحجج ،

(٧٥) س : لهذا الخارج .

(٧٦) ب : وهبها .

(٧٧) نقل الامام تقي الدين السبكي والد صاحب الطبقات في فتاويه هذه المسألة نصاً وفرع عليها مسألة فقيهة فانظر فتاوى السبكي

٤٩١/٢ .

(٨٧) س : لا يؤاخذ (وهو سهو) .

عليه اعتمد السلف ، ومضت الصكوك في الاعصار الخالية ، ولولاه لم يكن في الاقارير فائدة ، ولا مبالاة بقول من يقول : امكن انتقال الملك من المقر له الى المقر بعد اقراره الاول ، فينبغي ان تسمع دعواه بالملك مطلقا ، ويحمل اطلاقه على التلقي من المقر له ، لانه لما اقر له بالملك ، ولزمه حكم اقراره ، فاذا عاد يدعيه فمعناه نقضه الي ، أو نقله الى من نقله الي ، وهذا يمكن اقامة الحجة (٧٥) عليه (٨٠) ، فان النوافل الشرعية هي بيع أو هبة أو عوض يجري مجرى دين ، واذا امكن اقامة اليانة على السبب النافل مع سابقة الافرار وجب اظهاره ، بخلاف دعوى الملك لا مع سابقة اقرار ، فان أسباب الملك كثيرة ، فجاز اطلاق الدعوى ، والشهادة به .

المسألة الثامنة : [٥٢/أ] [دعوى الشراء عن ذي اليد]

[٤٧٧] اذا اقام الخارج ينة ان المدعى به اشتراه من زيد وسلمه اليه ، وشهدت اليانة بمشاهدة ذلك ، لا على اقرارهما به ، اعني اقرار هذا المدعي المشتري ، واقرار زيد البائع ، قال العراقيون ، ومنهم القاضي أبو الطيب والشيخان أبو اسحاق ، وأبو نصر : تنزع (٨١) العين من يد ذي اليد ، ويحكم بها للخارج ، قالوا : لأن زيدا لا يسلم ما في يده ، الا وهو ملكه ، لأن الظاهر ان ما في يده ملكه .

قال القاضي أبو الطيب : وهكذا لو قالت اليانة : تشهد ان زيدا وقف (٨٢) هذه الدار على عقبه ، لم تقبل حتى تقول : وقفها وكانت ملكه ، أو كانت في يده .

(٧٩) في متن ب : الجهة وهو تصحيف وما اثبتناه عن هامشها وعن

• نسخة س .

• (٨٠) ب : اليه .

• (٨١) س : تنزع .

• (٨٢) س : اوقف .

[٤٧٨] قلت : هذه المسألة مسألة عظيمة ، أنا استشكلها جدا (٨٣) .

والذي فهمته من كلام المراززة ومذهبهم ، انها لا تنزع من يد ذي اليد ، بمجرد الشهادة بالابتياح والتسليم ومشاهدة ذلك . الا الشيخ أبا علي السنجي ، فانه وافق العراقيين في شرحه الكبير ، بل أقول (٨٤) : لا ينبغي ان تقبل الشهادة بذلك بناء على ان الشهادة باليد السابقة لا تسمع على الاصح .

وبيان هذا هو : ان الداخل يده حاضرة محسوسة ، وهي تدل على الملك ، وقول الشاهد : اذا شهد للخارج انه يشهد (٨٥) يبيع زيد هذه العين (٨٦) من هذا الخارج ، وشهد بتسليمها منه ، وشاهد ذلك من امس (٨٧) ، أو من سنة مثلا ، فقد شهد بابتياح تضمن يدا سابقة [(٨٨) للبايع ،] ثم يد سابقة [(٨٩) أيضا ، تعقبها المشتري (٩٠) ، فلا فرق بين هذا وبين قوله : اشهد انها كانت في يده امس .

ولو شهد باليد امس لم تسمع على الصحيح ، وان سمعت لم تنزع العين من ذي اليد الحاضرة بمجرد الشهادة بها ، فكذا في هذه المسألة .

(٨٣) س : كثيرا .

(٨٤) س : القول .

(٨٥) ب : شهد .

(٨٦) س : يبيع زيد هذه الدار مثلا .

(٨٧) س : وشاهد ذلك امس .

(٨٨) هنا ينتهي ما سقط من الاصل ويعود الاعتماد عليه .

(٨٩) الزيادة من س ب .

(٩٠) قوله : (تعقبها المشتري) ساقط من س .

وقد اطلنا الفكر^(٩١) في هذه المسألة والنظر فيها ، فلم يظهر لنا سوى ما ذكرناه ، وهو عدم انتزاع ذلك من يد الداخل ، ووافقنا على ما صرنا اليه بعض مشايخنا بالموصل ، وبين بعض الاصحاب المعاصرين^(٩٢) بالشام خلاف في ذلك .

[٤٧٩] وخرجنا على هذه المسألة مسألة تقاربها وقعت عندنا في الفتاوى والاحكام ، وهو ما اذا اقام الخارج بينة ان زيدا أقر له بهذه العين التي هي الآن في يد هذا الرجل^(٩٣) من مدة سنة مثلا ، وانه سلمها اليه حالة الاقرار ، وكانت في يد المقر حالة الاقرار ، وذكرت البينة مشاهدة^(٩٤) التسليم الى المقر له هذا الخارج ، قال بعض من يذهب الى مذهب العراقيين في مسألة الشراء والتسليم فيه : لا فرق بين المسألتين ، وتنتزع العين من يد الداخل وتسلم الى الخارج والحالة هذه .

[٤٨٠] والذي عندنا في ذلك انه^(٩٥) لا فرق بين المسألتين في عدم^(٩٦) انتزاعها من يد الداخل ، بل في مسألة الاقرار اولى بأن^(٩٧) لا تنتزع ، لأن الخارج لما اعترف بالاقرار من زيد له ، وييد المقر له قبل يده ، فقد اعترف ان يد المقر ليست يد مالك ، لأن الاقرار اخبار ، والمقر بالشيء مخبر بالملك للمقر له ، وبأن يده نائبة عن المقر له فقد اعترف

-
- (٩١) في الاصل : وقد اطلنا الذكر وما اثبتناه عن س ب .
 (٩٢) في الاصل : العارضين ، وما اثبتناه عن س ب .
 (٩٣) س ب والمطبوعة : في يد هذا الداخل . وما اثبتناه عن الاصل .
 (٩٤) س : بمشاهدة .
 (٩٥) لفظة (انه) سقطت من ب .
 (٩٦) لفظة (عدم) سقطت من المطبوعة واثباتها عن الاصل وعن س ب .
 (٩٧) س ب والمطبوعة : ان .

الخارج ان (٩٨) يد نفسه حصلت من يد (٩٩) من ليس بمالك ، بل مخبر
بملك فاولى ان لا تصلح مشاهدة [هذه] (١٠٠) اليد للاتزاع من يد
الداخل ، بخلاف مشاهدة (١٠١) التسليم عن بائع ، فان يد البائع يد
مالك ، فاذا (١٠٢) اعترف بصيرورة يده عن [يد] (١٠٣) البائع فقد
اعترف بانها نتيجة يد ملك ومالك .

ثم الذي يدل على صحة ما ذكرناه في المسألتين ان مجرد اليد لا
يدل (١٠٤) على الملك عدنا بمجردهما ، بل لا بد من شروط تقدم ذكرها
من امتداد مدة تصلح للدلالة على الملك ، وتصرف مبيع (١٠٥) من هدم
وبناء واسكان وغير ذلك ، واستفاضة بين الناس بالملك لصاحبها ، وعدم
المنازع (١٠٦) ، على ما تقدم ذكره (١٠٧) . ولم يوجد في هذه (١٠٨) اليد
التي ذكرها الخارج في المسألتين شيء مما ذكرناه [٥١/ب] سوى اليد ،
ثم حاصل ما ذكره الشاهد بمشاهدة التسليم في الشراء او الاقرار ذكر
سبب الملك ، وهو اليد ، وذكر سبب الملك لا يكفي اذا شهد بالملك ، فكيف

(٩٨) س ب والمطبوعة : يأن .

(٩٩) في الاصل : من زيد (وهو سهو) وما اثبتناه عن ب س .

(١٠٠) الزيادة من س ب .

(١٠١) س : مسألة التسليم .

(١٠٢) س : فلما اعترف .

(١٠٣) الزيادة من س ب .

(١٠٤) س ب والمطبوعة : لا تدل .

(١٠٥) ب والمطبوعة : وتصرف مفتتح من تهديم .

(١٠٦) س : وعدم التنازع ، وفي المطبوعة : وعدم المنازعة ، وما اثبتناه

عن الاصل وعن ب .

(١٠٧) انظر في هذه المسألة مغني المحتاج ٤/٤٤٩ ، المهذب ٢/٣٣٦ .

(١٠٨) س : في هذه المسألة اليد التي .

يكفي اذا لم يشهد به ؟ وقد مر هذا في موضعه (١٠٩) ، فظهر (١١٠) بما ذكرناه صحة ما صرنا (١١١) اليه .

وعلى الجملة ، ففي النفس من هذا كله ، ومن مخالفة العراقيين حزازات ، والله تعالى المسؤول ان يوفق (١١٢) للعثور على الحق ، وان يهدي الى الصواب .

المسألة التاسعة : [البيئة بانها كانت ملكه أمس]

[٤٨١] اذا أقام الخارج بيئة انها ملكه بالأمس ، ولم يتعرض للملك في الحال ، لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح (١١٣) .
وسيله ان يشهد انها كانت ملكه أمس ، ولم تزل الى الآن ، أو هو الآن ملكه .

هكذا قاله الامام والقاضي .

[٤٨٢] وعندي ان فيه نظرا (١١٤) ، لانه اذا شهد انه كان ملكه أمس ، ولم تقبله بمجرد على الصحيح ، فاذا قال : ولم يزل الى الآن ، كان نافيا محضا ، فلا يقبل قوله (١١٥) . نعم قوله : وهو (١١٦) الآن

(١٠٩) مر ذلك في الفقرة ٤٧٠ .

(١١٠) في الاصل : فظهر بهذا بما ذكرناه ، وما اثبتناه عن ب س .

(١١١) ب : ما ميزنا .

(١١٢) في الاصل : يوفقني . . يهديني . . وما اثبتناه عن س ب .

(١١٣) انظر الام ٢٤١/٦ ، المختصر ٣٦٢/٥ ، أدب القاضي للماوردي

ج ٤ الفقرة ٥١١٨ ، ٥١١٩ .

(١١٤) في الاصل وفي ب : وعندي وفيه نظر ، وما اثبتناه عن س وهو

اختيار محقق المطبوعة .

(١١٦) س ب والمطبوعة : هو .

ملكه (١١٧) ، كاف ، ويكون مستنده في قوله : وهو الآن ملكه استصحابه الملك الذي شهد به أمس ، وله ان يستصحبه اذا لم يعلم هو مزيلا له ، لكن (١١٦) بشرط ان لا يصرح بذكر الاستصحاب (١١٩) .

فلو (١٢٠) صرح باستصحاب الملك امس ، لعدم علمه بالمزيل : قال الاصحاب : لا يقبل ، كذكره المستند في شهادة الرضاع .

وقال القاضي حسين : يقبل ، لأنه يعلم انه (١٢١) لا مستند له سواه ، بخلاف الرضاع فانه يدرك بقرائن لا تعبر عنها العبارة (١٢٢) .

اما اذا قال : اشهد انه كان ملكه بالامس ولا اعلم له مزيلا ، قال بعض الاصحاب يكفي هذا ، واكثرهم قالوا : لا يكفي ، بل لابد من جزمه (١٢٣) بالشهادة [بالملك في الحال] (١٢٤) .

[٤٨٣] اما اذا شهدت اليانة للخارج بانه كان في يده أمس ، الجديد الصحيح انها لا تسمع (١٢٥) أيضا ، كما في الشهادة بالملك أمس ، بل اولى ان لا تسمع .

(١١٧) س : في ملكه .

(١١٨) س : ولكن .

(١١٩) انظر هذه المسألة في فتاوى الامام تقي الدين السبكي ينقلها عن

ابن أبي الدم ويفرق عليها (الفتاوى ٢/٤٧٤ - ٤٧٥) .

(١٢٠) س ب والمطبوعة : ولو .

(١٢١) في الاصل : ان وما اثبتناه عن ب س .

(١٢٢) في الاصل : لا يعبر عنها بالعبارة ، وما اثبتناه عن ب س .

(١٢٣) س : من ذكره .

(١٢٤) الزيادة من س ب .

(١٢٥) ب والمطبوعة : انه لا يسمع ، وفي س : انه لا تسمع ، وما اثبتناه

عن الاصل .

ومتى قلنا : تسمع الشهادة بالملك أمس ، ولم يقم ذو اليد بينة على ملكه انتزعت العين من يده وسلمت الى الخارج •

وهكذا اذا قلنا : تسمع الشهادة باليد أمس على المذهب الضعيف ، ولم تقم بينة لذي اليد بالملك ، جعل الخارج صاحب يد وسلمت العين له •

[٤٨٤] قلت : وتنبه ههنا على غلطة في الوسيط ، غلطها الشيخ الغزالي رحمه الله ، فانه قال بعد ذكر الشهادة بالملك لانسان أمس ، وان الجديد لا تسمع ، قال : ولا خلاف [٥٢/أ] ان البينة لو شهدت بانها كانت (١٢٦) في يد المدعي امس قبل ، وجعل صاحب يد •

هذا لفظه ، وهو من غلطات هذا الكتاب ، والنقل الصحيح ما ذكرناه ، وهو المذكور في الطريقتين •

[الشهادة باقرار الداخل بالملك للخارج]

[٤٨٥] واما (١٢٧) اذا شهدت بينة الخارج على اقرار الداخل ان هذه العين كانت ملكا للخارج أمس ، قال القاضي أبو الطيب : يحكم بها للمدعي الخارج ، وتزرع العين من يد الداخل لوجود الاقرار (١٢٨) •

وذكر الامام فيه خلافا ، ومال الى القبول ، قال القاضي أبو الطيب : فلو قامت بينة للخارج على اقرار الداخل انها كانت في يد الخارج أمس ، أو ادعى عليه الخارج فأقر بانها كانت في يده أمس ، قال : قال أبو العباس (١٢٩) : ان قلنا : تقبل الشهادة باليد أمس ، فالأقرار باليد امس

(١٢٦) س ب والمطبوعة : بانه كان •

(١٢٧) س ب والمطبوعة : اما •

(١٢٨) انظر مغني المحتاج ٤/٤٨٣ ، نهاية المحتاج ٨/٣٤٤ •

(١٢٩) أي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج وقد تقدمت ترجمته •

اولى ان تقبل ، وترجح به ، وان قلنا : لا تقبل البينة باليد أمس ، فهل يقبل (١٣٠) الاقرار باليد أمس ؟ فيه وجهان •

والفرق ان البينة اذا شهدت باليد أمس فقد ثبتت اليد أمس فحسب ، والعين (١٣١) الآن في يد الداخل ، فقد حصلت يدان لهما أمس ، لأن وجود يد الداخل الآن تدل على انها كانت في يده أيضا أمس ، ثم قد انفرد الداخل بيد حاضرة فقدمت الحاضرة •

أما اذا أقر باليد للخارج أمس [فقد ازال يد نفسه ، واثبتها للخارج] (١٣٢) فالظاهر بقاء يد الخارج فقدمت بيته •

وقال الشيخ أبو علي : اذا أقر الداخل انها كانت في يد الخارج (١٣٣) أمس ، ففيه (١٣٤) قولان مرتبان على ما اذا شهدت باليد أمس ، واولى بالترجيح هنا ، وان أقر انها كانت ملكا للخارج أمس ، ترجحت بيته قولاً واحداً ، بخلاف البينة بالملك أمس •

المسألة العاشرة : [اقرار الداخل بملك الخارج أمس]

[٤٨٦] اذا ادعى [على] (١٣٥) الداخل شيئاً في يده ، ولم يسبق من الداخل اقرار مطلق للخارج ، ولا بيع ، فقال الداخل في الخصومة : كانت العين ملك هذا المدعي أمس ، قال صاحب التقريب : هل يكون

-
- (١٣٠) ب س والمطبوعة : فهل تقبل بالاقرار •• وما اثبتناه عن الاصل •
(١٣١) س : والدار الآن •••
(١٣٢) الزيادة من س ب •
(١٣٣) قوله : (فالظاهر بقاء يد الخارج •• الى هنا) ليس في س •
(١٣٤) س ب والمطبوعة : فيه •
(١٣٥) الزيادة من س ب •

هذا كما لو شهدت بينة انها كانت في ملك المدعي أمس ؟ ام يكون هذا
الافراز [بمثابة اقرار] (١٣٦) مطلق تشهد به البينة على الداخل ، انه
أقر بانها كانت في ملك المدعي أمس ؟ فيه وجهان •

قال الامام : ولا نهاية للطف (١٣٧) هذا التفصيل ، قال : ومما
أوصى به المنتهى اليه ان يثبت في مضمونه ، فانه مما نعم به البلوى ، وهو
جلي في نفسه ، خفي على معظم من يتسبب الى الفقه •

المسألة الحادية عشرة : [البينة بملكه منذ سنة]

[٤٨٧] اذا كانت العين في يد رجل ، فأقام خارج بينة انها له منذ
سنة ، وأقام الداخل بينة انها ملكه منذ سنتين ، فلا (١٣٨) خلاف في تقديم
[٥٢/ب] بينة صاحب اليد (١٣٩) •

فلو شهدت بينة الخارج بالملك من سنتين ، وشهدت بينة الداخل
بالملك (١٤٠) [له] (١٤١) من سنة ، نص الشافعي (١٤٢) على ترجيح
بينة ذي اليد •

وذهب ابو اسحاق المروزي وتابعوه الى ترجيح (١٤٣) البينة بالملك

(١٣٦) الزيادة من س ب •

(١٣٧) في المطبوعة : للفظ هذا التفصيل ، وهو الموجود في س ، وفي ب :
للطف ، وما اثبتناه عن الاصل •

(١٣٨) ب : ولا : س : بلا ، وما اثبتناه عن الاصل •

(١٣٩) انظر المسألة في المذهب ٣/١٢ ، نهاية المحتاج ٨/٣٦٦ ، مغني
المحتاج ٤/٤٨٣ •

(١٤٠) س والمطبوعة : بأن الملك •

(١٤١) الزيادة من س ب •

(١٤٢) انظر نص الشافعي في المختصر ٥/٢٦٤ •

(١٤٣) س : ان ترجيح •

القديم ، فيكون هذا على قولين •
 هكذا ذكره الماوردي^(١٤٤) • وذكر ان الظاهر نص الشافعي ، وهو
 الترجيح باليد قال : وعليه الجمهور من أصحابه •
 ولهذه المسألة فرع هو من تمتها ، وهي مسألة منذكرها سادسة
 عشرة ان شاء الله تعالى •

[٤٨٨] اما اذا كانت دار في يد رجل وتداعاهما رجلان
 خارجان^(١٤٥) ، وأقام احدهما بيعة شهدت انها ملكه منذ سنة وأقام الآخر
 بيعة شهدت انها ملكه منذ شهر او الآن ففيه^(١٤٦) قولان :

قال الماوردي^(١٤٧) : الاظهر انه تقدم بيعة الملك السابق •
 وقال القاضي أبو الطيب : الاصح^(١٤٨) ان تقدم البيعة بالملك السابق •
 وكذلك قال الشيخ أبو اسحاق^(١٤٩) ، والقاضي حسين ، والبغوي ،
 والشيخ شرف الدين بن ابي عصرون ، والجماعة •
 واما الامام ، والشيخ أبو نصر ، فلم يختارا شيئا •

واما الشيخ أبو علي فانه خالف الجماعة كلهم في شيئين : احدهما
 انه قال : الاصح انه لا ترجح البيعة بالملك السابق ، والامر الثاني ان^(١٥٠)

-
- (١٤٤) انظر قول الماوردي في أدب القاضي ح ٤ الفقرة ٥١٨٧ وما بعدها •
 (١٤٥) ب : خارجيان •
 (١٤٦) في الاصل وفي نسخة ب : فيه ، وما اثبتناه عن س •
 (١٤٧) انظر عبارة الماوردي في أدب القاضي له ح ٤ الفقرة ٥١٨٨
 وفيه انه اختاره المزني •
 (١٤٨) س ب والمطبوعة : الاصح تقدم •
 (١٤٩) انظر رأي الشيخ أبي اسحاق في المهذب ٣/٣١٢ •
 (١٥٠) س ب والمطبوعة : انه •

هذا الاصح عنده نقله عن الجديد وان المزني والربيع نقلاه ، وقال : القول القديم ، وفي البويطي^(١٥١) واختاره المزني : الترجيح بالينة السابقة^(١٥٢) .

فعنده ان القديم^(١٥٣) الترجيح ، وهو مختار الجماعة كلهم ، وان البويطي نقل ذلك • والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيره ان البويطي نقل التعارض وعدم الترجيح^(١٥٤) ، فحصل التفاضل بين التقلين •

المسألة الثانية عشرة : [بينة النتاج]

[٤٨٩] شهدت بينة الخارج ان الدابة التي في يد الداخل ملكه^(١٥٥) • نتجت في ملكه ، وشهدت بينة الداخل انها ملكه ، ولم يذكر النتاج ، أو شهدت بينة الداخل بالملك والنتاج وبينه^(١٥٦) الخارج بالملك فقط • نقل المزني^(١٥٧) في هذه المسألة ان بينة النتاج مقدمة قولاً واحداً ،

(١٥١) البويطي : أبو يعقوب يوسف بن يحيى المصري الفقيه صاحب الشافعي وخليفته في أصحابه بعده ، نسبة الى بويط وهي قرية من صعيد مصر ، وكان زاهداً متعبداً ، حمل في المحنة بالقرآن سنة ٢٣١ ومات سنة ٢٣٢ هـ ، انظر تاريخ بغداد ٢٩٩/١٤ رقم ٧٦١٣ ، تهذيب التهذيب ٤٢٧/١١ رقم ٨٣٤ ، طبقات الشافعية الكبرى ١٦٢/٢ رقم ٣٩ ، طبقات الاسنوي ٢٠/١ رقم ٤ ، معجم المؤلفين ٣٤٢/١٣ ، وفيات الاعيان ٦١/٧ رقم ٨٣٥ ، فهرست ابن النديم ٣١٢ • (١٥٢) انظر هذه المسألة في الام ٢٤١/٦ ، المختصر ٢٦٢/٥ ، أدب القاضي للماوردي ج ٤ الفقرة ٥١١٨ وما بعدها •

(١٥٣) في الاصل وفي س : للقديم •

(١٥٤) نقل ذلك الشيخ أبو اسحاق الشيرازي في المهذب ٣١٢/٢ •

(١٥٥) س : ماله •

(١٥٦) س : وبينه الداخل •

(١٥٧) انظر المختصر للمزني ٢٦٤/٥ •

وجعلها أصلا في ترجيح البينة الشاهدة بالملك المتقدم ، وهي المسألة الحادية عشرة ، وفي زعمه انه لا خلاف فيها •

قال الاصحاب : في مسألة التاج قولان ، كالمسألة المختلف فيها ، حكاه الجماعة كلهم ، قالوا : ومن أصحابنا من قال في مسألة التاج : تقدم البينة الشاهدة به قولاً واحداً^(١٥٨) [٥٣/أ] وفرق بينها وبين المسألة المتقدمة^(١٥٩) •

قال [الماوردي]^(١٦٠) : من أصحابنا من نقل عن ابن سريج ان مسألة التاج ليست من منصوصات الشافعي ، وانما اوردها^(١٦١) المزني من تلقاء نفسه ، وذهب جمهور أصحابنا الى صحة نقله ، وان بينة التاج أقوى عند الشافعي من البينة بتقديم الملك ، وان لم تكن^(١٦٢) المسألة مسطورة ، فقد نقلها^(١٦٣) عنه سماعاً • وهكذا ذكره^(١٦٤) الشيخ أبو علي في شرحه الكبير •

المسألة الثالثة^(١٦٥) عشرة : [اقرار شخص ثالث بالعين لاحد المتداعيين]

[٤٩٠] اذا تداعيا عينا في يد ثالث لا يدعيها ، وأقام كل واحد منهما

(١٥٨) انظر المذهب ٣/٣١٢ •

(١٥٩) ب : المقدمة •

(١٦٠) الزيادة من س ب ، وقول الماوردي تجده في أدب القاضي له ج ٤

الفقرة ٥١٩٠ وفيه ان الذي نقل ذلك هو أبو علي بن خيران •

(١٦١) س : افردها • وما اثبتناه عن الاصل وعن ب وعن أدب القاضي للماوردي •

(١٦٢) س : وان لم تكن البينة •

(١٦٣) س ب والطبوعة : نقله •

(١٦٤) س : نقله عنه •

(١٦٥) س : الرابعة عشرة •

بينه بالملك له ، وتساويا في عدم الترجيح ، فلو أقر ذو اليد لاحدهما بها ، مع كونه لا يدعيها لنفسه ، هل يرجح المقر له بإقرار ذي اليد له ؟ فيه قولان ، الاصح الترجيح (١٦٦) .

المسألة الرابعة عشرة : [اقامة المدعي عليه البيينة على رد بينة المدعي]

[٤٩١] اذا أقام الخارج بينة على انسان بحق ، فاقام المدعي عليه بينة ان بينة المدعي شهدت بذلك عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما ، بطلت شهادتهما ، وان ثبتت توبتهما وعدالتهما على المذهب ، وفيه وجه بعيد انها تقبل الآن .

قال في الانتصار (١٦٧) : وهو بعيد ، لأن ظهور توبتهما وعدالتهما بينهما فيها لقصد تنفيذ القول .

(١٦٦) لفظة (الترجيح) سقطت من ب ومحلها بياض فيها ، وقال ناسخه ما نصه : (بياض في الاصل) وقد سقطت عبارة (الاصح الترجيح) من نسخة س ، اما المطبوعة فقد زاد محققها بعد كلمة (الاصح) ما نصه : الاصح (ان يقضي للمقر له ويعتبر اقراره مرجحا لتعارض البينتين ، ويصبح المقر له هو صاحب اليد) وقال في الهامش : (ما بين القوسين من عندي اكملته حسب الاحكام الفقهية) فلينظر ذلك .

(١٦٧) الانتصار : هو كتاب الانتصار للمذهب الشافعي للقاضي عبدالله بن محمد بن أبي عصرون الموصل الشافعي المتوفى ٥٨٥هـ (وقد مرت ترجمته) وهو كتاب في أربعة مجلدات (كشف الظيون ١/١٧٤) ومنه نسخة في أربعة أجزاء مصورة في معهد المخطوطات العربية بالقاهرة برقم ٢٥ - ٢٨ فقه شافعي ، مصورة عن نسخة أحمد الثالث والقاتح (فهرس المخطوطات المصورة لفؤاد سيد ١/٢٨٨) وقد أشار محقق المطبوعة هنا وكما سيأتي في الفقرة ٥٤٩ الى انه لابي العباس بن سريج ، وابن سريج وان كان له كتاب بهذا الاسم لكنه من الكتب المفقودة ، وقد جزمنا بنسبة الكتاب الموجود هنا الى

[٤٩٢] ولو أقام الخارج بينة بالملك له ، فقال الداخل : هو يعلم ان شهوده فسقة وطلب احلافه على نفي العلم بقسقتهم هل تسمع منه دعواه ويحلف ؟ فيه وجهان اصحهما عندي نعم .

[٤٩٣] وكذلك لو قال : اقر لي بهذه العين ، هل له تحليفه ؟ فيه وجهان يجريان في كل ما ليس عين الحق المدعى به ، ولكنه ينفع^(١٦٨) في الحق المدعى به .

ولو اقر به هل يحلف اذا طلب ؟ فيه وجهان [الاصح نعم] .

[٤٩٤] وكذلك لو توجهت اليمين على المدعى عليه ، فقال : قد حلفني مرة في هذا الحق ، فحلفه انه لم يحلفني ، هل تسمع هذه الدعوى ويحلف ؟ فيه وجهان [١٦٩] .

[٤٩٥] ولا خلاف انه^(١٧٠) لا تسمع الدعوى على الحاكم والشاهد

ابن أبي عصرون لأن كتاب ابن سريج ليس مشتهرا فلم ترد له الا اشارة عرضية في طبقات السبكي ٣/٢٨ ولم يذكره المترجمون لسيرته في حين ان كتاب ابن أبي عصرون من الكتب المشتهرة المتداولة ، وقد استفاد منها الفقهاء كالسبكي (طبقات ٧/١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٧) والاسنوي (طبقات ٢/١٩٤) وابن خلكان (وفيات الاعيان ٢/٥٤) والذهبي (سير اعلام النبلاء ج ٢١ رقم الترجمة ٦٠ بتحقيقنا) هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد ان الكلام المذكور هنا موجود بنصه في كتاب الانتصار لشرف الدين بن أبي عصرون - نسخة معهد المخطوطات رقم ٢٨ فقه شافعي ج ٤ الورقة ١٥٣ ب .

(١٦٨) س : ولكنه سمع . وفي المطبوعة . ولكنه يسمع ، وما اثبتناه عن

الاصل وعن ب وعن سياق الكلام الآتي .

(١٦٩) الزيادة من س ب .

(١٧٠) س : انها .

بالكذب ، ولا يتوجه عليه الحلف^(١٧١) ، وان كان ينفع ، وسيله انه يؤدي الى فتح باب يجر الى فساد عظيم .

المسألة الخامسة (١٧٢) عشرة : [تعارض البيتين]

[٤٩٦] اذا تعارضت البيتان ، فان^(١٧٣) كانتا مطلقتين ، أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو احدهما مطلقه والاخرى مؤرخة^(١٧٤) : فمذهب الشافعي رضي الله عنه ان الحكم فيهما سواء^(١٧٥) ، وقد تعارضت البيتان ، وفيهما قولان : اصحهما انهما تنهاتران ، وتصيران^(١٧٦) كما لو لم تكن^(١٧٧) بينة .

وهذا [هو]^(١٧٨) اختيار الجماعة المراقبين وبعض المراززة^(١٧٩) .
والثاني يستعملان .

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال :

احدهما : يوقف الامر الى ان يصطلحا .
والثاني : يقسم بينهما .

(١٧١) س ب والطبوعة : ولا يتوجه عليه الحلف (بسقوط لفظة : عليه)
وانظر بشأن هذه المسألة : مغني المحتاج ٤/٤٧٦ . نهاية المحتاج
٣٣٤/٨ .

(١٧٢) س : السادسة عشرة .

(١٧٣) ب : وان .

(١٧٤) س ب والطبوعة : والاخرى مقيدة .

(١٧٥) انظر المسألة في مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، نهاية المحتاج ٨/٣٤٣ .

(١٧٦) س ب والطبوعة : ويصير .

(١٧٧) س ب والطبوعة : كما لو لم يكن لواحد منهما بينة .

(١٧٨) الزيادة من س ب .

(١٧٩) انظر مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، نهاية المحتاج ٨/٣٣٩ . المهذب
٣١٢/٢ .

والثالث : يقرع بينهما • [٥٣/ب]

[٤٩٧] فلو خرجت القرعة لواحد منهما (١٨٠) هل يحلف على ان

المسكين ملكه ؟ فيه وجهان ، أصحابهما عند الشيخ ابن أبي عسرون :
لا يحلف •

فان قلنا يحلف ، هل يتوقف على طلب المدعي الآخر ؟ هذا لم أره
مصرحا به الى الآن ؟ والذي فهمته من كلام الاصحاب ، انه لا بد من
طلب الخصم •

وقال الماوردي (١٨١) : هل يحلف من خرجت القرعة (١٨٢) له ؟
فيه قولان ، من اختلاف قولي الشافعي رضي الله عنه في القرعة ، هل دخلت
ترجيحا للدعوى أو اليينة ؟ فيه قولان : ان قلنا لترجيح اليينة (١٨٣) ، فلا
يحلف (١٨٤) ، وان قلنا لترجيح الدعوى (١٨٥) فيجب اخلافه (١٨٦) •

فعلى هذا يكون فيما يثبت (١٨٧) به الحق وجهان : احدهما باليمين
مع اليينة وتكون يمينه : بالله ان ما شهدت به يمينه حق ، وهذا قد نص عليه

(١٨٠) لفظة (منهما) سقطت من س ب ومن المطبوعة •

(١٨١) انظر أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١٠١ في تعارضهما في
عقد الاجارة •

(١٨٢) س ب والمطبوعة : من خرجت قرعته له •

(١٨٣) س : لترجيح لليينة •

(١٨٤) في الاصل : فلا أخلاف •

(١٨٥) س : لترجيح للدعوى •

(١٨٦) في أدب القاضي للماوردي فيجب اخلاف المدعي •

(١٨٧) في الاصل وفي ب وفي المطبوعة : ثبت ، وما اثبتناه عن س وعن

أدب القاضي للماوردي لأن الكلام له •

الشافعي (١٨٨) ، والثاني ان الحق ثبت يمينه ترجيحاً (١٨٩) بالينة ، وعلى هذا يحلف بالله : لقد اكرت منه الدار بكذا •

وقال ابن سريج : متى اشتملت احدى البيتين على زيادة في المشهود به حكم بازيد البيتين (١٩٠) ، فان كان الاختلاف في الاجرة حكم باكرهما (١٩١) قدرا ، فان كان في المدة حكم باكرهما مدة •

والصحيح التعارض

[٤٩٨] فان قيل : فاذا كانت العين المدعى بها في يد ثالث يدعيها لنفسه ، وقد ادعاهما خارجيان ، واقام كل واحد منهما بينة شهدت انها له ، ولم يوجد في احدهما ترجيح على الاخرى وقتلنا بالتعارض والتهاتر على الصحيح وفرعنا عليه ، ولا شك ان القول قول ذي اليد مع يمينه فهل تنزع العين من يد (١٩٢) ذي اليد ، لأن البيتين اتفقتا على انها ليست (١٩٧) ملكا لذي اليد ، فكان يجب ازالة يده •

قلنا : لا تزال يده قولا واحدا ، لأن كل بينة لم يثبت بها ما شهدت به ، فلم تكن حجة لصاحبها على ذي اليد ، فلم تنزع يد ذي اليد بذلك •

(١٨٨) انظر كلام الشافعي في ذلك في الام ٢٨٠/٦ •

(١٨٩) س : وترجح •

(١٩٠) العبارة (على زيادة في المشهود به حكم بازيد البيتين) سقطت من ب •

(١٩١) ب : باكرهما ، وما اثبتناه عن الاصل وعن س وعن ادب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١٠٢ ، في مسألة كون البيتين مطلقتين ليس فيهما تاريخ •

(١٩٢) س والمطبوعة : من ذي اليد ، وعبارة (مع يمينه فهل تنزع العين من يد ذي اليد) سقطت من ب •

(١٩٣) لفظلة (انها ليست) سقطت من متن ب وثبتها مصححها على هامشها •

ثم قال الماوردي^(١٩٤) بعد حكاية الأقوال في تعارض البيتين ، قال :
 اذا تعارضت البيتان في عقد الاجارة ، لم يخرج في تعارضهما فيه الا
 قولان : احدهما اسقاطهما ويتحالف المتداعيان^(١٩٥) ، والثاني : الافراع ،
 ولا يجيء فيه [تخريج القول الثالث انه يقسم بينهما ، لأن قسمة العقد
 لا تصح ، ولا يجيء فيه]^(١٩٦) تخريج القول الرابع انه يكون موقوفا ،
 لأن وقف الدعوى والبينة متعذر [٥٤/أ] •
 هذا لفظه •

وغیره قال : لأن العقود لا توقف •

**المسألة السادسة (١٦٧) عشرة : [تعارض دعوى الفصب مع افراد ذي
 اليد لاحدهما]**

[٤٩٩] دار في يد رجل تداعاها^(١٩٨) رجلان [ادعى]^(١٩٩) واحد
 انها له غصبها منه ذو اليد ، واقام على ذلك بيته ، واقام الآخر بيته انها له
 اقر له بها ذو اليد ، حكم بالدار للمنصوب منه •
 فان قيل فهل^(٢٠٠) على المقر الذي ثبت غصبه غرم لمن اقر له بها

-
- (١٩٤) أدب القاضي له ح ٤ الفقرة ٥١٠١ ، بإيجاز •
 (١٩٥) في الاصل وفي نسخة ب : المدعيان ، وما اثبتناه عن س وعن أدب
 القاضي للماوردي •
 (١٩٦) الزيادة من س ب ومن أدب القاضي للماوردي •
 (١٩٧) س : السابعة عشرة ، وهو سهو • وهذه المسألة في المختصر
 ٢٦٢/٥ ، الام ٢٤٢/٦ أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١٢٣ •
 (١٩٨) في الاصل : يدعيها وما اثبتناه عن س ب •
 (١٩٩) الزيادة من س ب •
 (٢٠٠) في الاصل : هل •

على (٢٠١) احد قولي الغرم ، كمن اقر بدار لزيد ثم اقر بها لعمرو ؟
 قلنا : لا غرم (٢٠٢) ههنا قولاً واحداً بخلاف تلك المسألة لأن استهلاك
 الدار على المقر له ههنا كان بالينة ، بخلاف مسألة الغرم في أحد القولين ،
 فإن الاستهلاك كان على الثاني باقراره الاول (٢٠٣) فغرم (٢٠٤) .

المسألة السابعة (٢٠٥) عشرة : [تعارض البيتين بالوديعة والاجارة]
 [٥٠٠] عين في يد رجل ، قال مدع : هي لي ، اودعتها (١١١) ،
 وانام بينة على ذلك ، وقال آخر (١١٢) : هي لي اجرتكها ، واقام على
 ذلك بينة ، تعارضت بيتهما ، وفيها الاقوال .

المسألة الثامنة عشرة : [دعوى العين وهي في ايديهما]
 [٥٠١] اذا كان في يدهما دار ، فاقام كل واحد منهما بينة انها له ،
 ولم تتقدم بينة في تاريخ على بينة أخرى ، بل تساوتا ، فقد اقام كل منهما
 بينة بملك جميع الدار التي نصفها بيده ، ونصفها بيد الآخر ، فصار له
 فيما بيده بينة داخل ، وفيما في يد صاحبه بينة خارج ، فتعارض البيتان في
 الدخول والخروج .

-
- (٢٠١) س : على قول الغرم .
 (٢٠٢) س والمطبوعة : قلنا لا غرم لمن اقر له بها ههنا قولاً واحداً ، وفي
 أدب القاضي للماوردي : لا غرم عليه ها هنا قولاً واحداً ح ٤
 الفقرة ٥١٢٥ .
 (٢٠٣) ب والمطبوعة : للاول ، وما ائبتهاه عن الاصل وعن س .
 (٢٠٤) س : فيغرم .
 (٢٠٥) س : الثامنة عشرة : وهكذا سائر المسائل بزيادة رقم ، وهذه
 المسألة في أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥١٢٧ .
 (٢٠٦) س : اعرتكها .
 (٢٠٧) في الاصل : الآخر .

فان قلنا : انهما تسقطان ، حلف كل (٢٠٨) واحد منهما لصاحبه ،
واقرت الدار في ايديهما •

وان قلنا تستملان وتقسم بينهما ، فلا يمين عليهما ، بل تجعل
في يدهما •

[٥٠٢] اما اذا شهدت بينة احدهما بقديم (٢٠٩) الملك ، وشهدت (٢١٠)
بينه الآخر بحديث الملك (٢١٠) ، فان لم يوجب هذا ترجيحا ، فالجواب
ما مضى ، وان اوجب ترجيحا ، وهو تقديم بينة الملك القديم ، خلص
لصاحبها النصف الذي بيده ، ويقابل في النصف الآخر ترجيح البينة
بقديم الملك وترجيح البينة (٢١٢) بحديث الملك بيده •

فعلى قول أبي اسحاق المروزي ، يحكم به لمن ترجحت بينته بقديم
الملك ، فتصير جميع الدار له •

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه وجمهور أصحابه
يحكم بالنصف الآخر لصاحب اليد ، لأن الترجيح باليد عند (٢١٣) هؤلاء
أقوى من الترجيح بقديم الملك ، فتصير الدار بينهما نصفين بغير يمين منهما
فولا واحدا •

المسألة التاسعة عشرة : [تعارض بينة الملك بالسبب مع بينة الملك
المطلق]

[٥٠٣] أقام الخارج بينة ان المين ملكه ، اشتراها من فلان ، أو

(٢٠٨) ب : كل منهما •

(٢٠٩) س : بتقسم •

(٢١٠) س : وشهدت الاخرى للآخرى •

(٢١١) ب س والطبوعة : بحديث ملك •

(٢١٢) قوله : (بقديم الملك وترجيح البينة) ليس في س •

(٢١٣) في الاصل وفي س ب : عندها ولا أقوى (كذا) •

اتهما وقبضها ، وينت (٢١٤) سبب الملك ، وأقام ذو اليد بينة انها ملكه ،
واطلقت ، [٥٤/ب] ولم تين سببا ، نص الشافعي رضي الله عنه ان بينة الداخل
اولى ، لأن معه بينة ويذا . وعند ابن سريج بينة الخارج اولى ، لأن معها
زيادة علم (٢١٥) .

المسألة العشرون : [بينة القبض وبينة السبب]

[٥٠٤] اذا شهدت بينة لدع ان الداخل باعه هذه العين [وشهدت
بينة لدع آخر انه باعه هذه العين] (١٢٦) وقبضها منه ، هل ترجح بينة
القبض ؟ فيه وجهان ، ونص الشافعي على الترجيح به ، لأن القبض
منبرم (٢١٧) ، بخلاف قبل القبض ، فانه متردد [فلذلك] (٢١٨) تقدم
بينة القبض .

المسألة الحادية والعشرون : [بينة الشراء مع بينة الشراء والعق]

[٥٠٥] رجل في يده عبد ادعى عليه رجل انه اشترى منه هذا العبد
واعتقه ، وادعى آخر (٢١٩) انه اشتراه منه ، وأقام كل (٢٢٠) واحد منهما
بينة ، اختلف فيه أصحابنا : منهم من قال : تعارض البيتان ، وهو الاظهر ،

(٢١٤) في الاصل : وثبت .
(٢١٥) ورد في حاشية الاصل تعليق لناسخه على هذه المسألة جاء فيه :
(قد تقدم في المسألة السادسة من هذا الفصل ما يقتضي ان المرجح
عند المصنف ما ذهب اليه ابن سريج) وانظر هذه المسألة في أدب
القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٠٤٣ .

- (٢١٦) الزيادة من س ب .
- (٢١٧) في الاصل : لانه بالقبض مقدم ، وما اثبتناه عن س ب .
- (٢١٨) الزيادة من س ب .
- (٢١٩) في الاصل : الآخر .
- (٢٢٠) س ب والمطبوعة : كل منهما .

ومنهم من قال : بينة العتق اولى ، ذكره أبو الطيب الطبري •

المسألة الثانية والعشرون : [تداعي التسيء في ايديهما دون بينة]

[٥٠٦] تنازعا دارا في يدهما (٢٢١) ، ادعى كل واحد ملك جميعها ، [ولا بينة لهما] (٢٢٢) تحالفا عليها ، فيحلف كل واحد منهما انه مالك لنصفها ، ولا يحلف انه مالك لجميعها وان كان مدعى لجميعها ، وفيه وجه آخر : انه يحلف على الجميع اعتبارا بالدعوى •
هكذا ذكره الماوردي (٢٢٣) •

وقال القاضي أبو الطيب في التعليق : يحلف على النصف ، ولا يجوز ان يستحلف على الكل ، قال : ومن صار الى انه يحلف على الكل فقد اخطأ • قال : وهكذا الحكم فيه اذا تداعيا حائطا بين داريهما ، أو سقفا بين سفلى وعلو يحلف كل واحد منهما على النصف ، ولا يحلف على الكل لما بيناه •

وقال الماوردي في كتاب الصلح : اذا تداعيا حائطا بينهما ولا بينة لواحد منهما ولا دلالة ، جعل بينهما نصفين ، وفي قدر (٢٢٤) ما يحلف كل واحد منهما وجهان : احدهما يحلف على نصفه ، لأنه يحلف على ما يصير اليه ، وهو النصف • والثاني : وهو قول جمهور الاصحاب : انه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه ، وهو يدعي جميعه •
ثم على كلا الوجهين لا بد من ان يتضمن يمينه النفي والاثبات ، لانه

-
- (٢٢١) س : يديهما ، وفي أدب القاضي للماوردي : في ايديهما •
(٢٢٢) الزيادة من س ب ، وفي أدب القاضي للماوردي : وعندما البينة •
(٢٢٣) انظر أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٢٩٢ •
(٢٢٤) س : وفي قدر كل ما •

ينفي (٢٢٤) ملك غيره ويثبت ملك نفسه ، لكن (٢٢٦) هل يكتفي منه
بيمين واحدة للنفي والاثبات ؟ ام (٢٢٧) لابد من يمينين احدهما للنفي
والاخرى للاثبات ؟ فيه وجهان •

هذا كلام الماوردي في كتاب الصلح •

وقال (٢٢٨) الماوردي (٢٢٩) في متاع البيت اذا اختلف فيه الزوجان
[٥٥/أ] ولا بينة لهما ولا لاحدهما (٢٣٠) : يحلف كل (٢٣) واحد منهما
على نصفه ، وجعل بينهما نصفين ، ولا يحلف على ما في يد صاحبه (٢٣٢) •
وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يحلف كل واحد على جميعه (٢٣٣) ،
وهذا يناقض (٢٣٤) ما ذكره في مسألة الحائط ، ويجب طرد الخلاف في
[مسألة (٢٣٥)] متاع البيت •

-
- (٢٢٥) ب : نفى •
(٢٢٦) س والمطبوعة : ولكن •
(٢٢٧) س : أو •
(٢٢٨) س : ثم قال •
(٢٢٩) انظر أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٥٠٨ - ٥٥٠٩ •
(٢٣٠) س : لواحد منهما •
(٢٣١) س : حلف •
(٢٣٢) في أدب القاضي : لانه يحلف على ما في يده ولا يحلف على ما في
يد صاحبه •
(٢٣٣) في أدب القاضي للماوردي : يحلف كل واحد منهما على جميعه
لأن عنده ان يد كل واحد منهما على جميعه وانظر رأي الامام أبي
حنيفة وأصحابه في تكملة فتح القدير ٢/٦٠٩ ، بدائع الصنائع
٣٩٩٩/٨ ، معين الحكام ١٣٦ ، رد المحتار ٥/٥٦٣ ، درر الحكام
٣٤٢/٢ •
(٢٣٤) س : مناقض •
(٢٣٥) الزيادة من س •

وقال الشيخ أبو علي : يحلف كل واحد : بالله لا يلزمني تسليم ما في يدي اليك ، ثم يقسم^(٢٣٦) نصفين بينهما •

وقال الشيخ أبو نصر : يحلف كل واحد منهما علي ما في يده وهو نصفه •

المسألة الثالثة والعشرون : [تعارض البيتين في الشراء]

[٥٠٧] ادعى رجل انه ابتاع هذه^(٢٣٧) العين من زيد بمائة ، ونقده الثمن ، واقام بينة بذلك ، وادعى آخر انه ابتاعها أيضا من زيد بمائة ، ونقده الثمن ، واقام^(٢٣٨) بينة • فان كان تاريخهما واحدا ، أو مطلقتين ، أو احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة نظرت :

فان كانت العين في يد واحد منهما قضي بها لمن هي في يده ، وان كانت في يد زيد البائع تعارضتا وسقطتا على الصحيح ، ورجعت الى من في يده^(٢٣٩) العين فان^(٢٤٠) انكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا منفردة ، وان أقر لاحدهما سلمت اليه ، ويحلف^(٢٤١) للآخر^(٢٤٢) على أصح القولين • وان أقر لهما جعلت بينهما نصفين وحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر على أصح القولين •

(٢٣٦) س : قسم •

(٢٣٧) س : هذه الدار •

(٢٣٨) س ب والمطبوعة : واقام عليه بينة •

(٢٣٩) س : في يده الدار •

(٢٤٠) س : فان انكرها •

(٢٤١) س والمطبوعة : ولا يحلف ، وما اثبتناه عن الاصل وعن ب •

(٢٤٢) ب : الآخر •

المسألة الرابعة والعشرون : [دعوى الحرية]

[٥٠٨] اذا تنازعا (٢٤٣) عبدا بالغا في يد انسان فادعى انه حر الاصل ، فالقول قوله مع يمينه ، وان كان صغيرا لا تميز له (٢٤٤) وكان السيد يدعي [رقه ، ويستخدمه ويستسخره فالقول قوله •

فلو ميز (٢٤٥) هذا [(٢٤٦) الصغير ، وادعى انه حر الاصل ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان مأخوذان من صحة اسلامه ، فان قلنا : لا يقبل قوله في حال تميزه ، فلو بلغ فادعى انه حر الاصل ، هل يقبل قوله أيضا ؟ فيه قولان •

اما اذا كان لا (٢٤٧) يتصرف في الصغير (٢٤٨) تصرفا يستدعي الملك ، ولم يدع (٢٤٩) رقه ، فمن اصحابنا من قال : لا يحكم برقه ، حتى اذا بلغ وادعى الحرية قبل مذهب واحد ، ومنهم من قال : هذا بمثابة ما لو ادعى رقه ، أو تصرف تصرفا يستدعي الملك ، هذا ما ذكره الامام والقاضي حسين •

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : اذا كان في يده صغير لا يميز ،

(٢٤٣) س ب والمطبوعة : اذا رأينا عبدا •

(٢٤٤) س ب والمطبوعة : لا يميز •

(٢٤٥) في حاشية الاصل وفي ب : تميز ، وما اثبتناه عن س •

(٢٤٦) ما بين القوسين ساقط من متن الاصل وثبت على حاشيته ، وهو

موجود في س ب •

(٢٤٧) س ب والمطبوعة : لم يتصرف •

(٢٤٨) في الاصل وفي ب : في الصغير ، وما اثبتناه عن س •

(٢٤٩) في الاصل : ولم يدع رقه ، وما اثبتناه عن س ب •

فادعى (٢٥٠) انه ملكه ، حكم له بانه مملوكه (٢٥١) ، فلو بلغ وقال :
لست بمملوك له ، لم تلتفت الى قوله ، لأننا قد حكمنا بانه ملكه ، واستقر
ذلك ، فلا نزيله بقوله ، [٥٥/ب] ولكن له استخلافه •

وهكذا الحكم فيه اذا كان الصغير في يده ، ولم يدع ملكه الى ان
بلغ وادعى (٢٥٢) ملكه وانكر الصغير ذلك ، لم يلتفت الى انكاره •

اما اذا كان الصغير مميزا ، ظاهر المذهب انه لا يحكم لمن هو في يده
بالملك (٢٥٣) ، ومن اصحابنا من قال : يحكم له [بملكه] (٢٥٤) وهو
الصحيح • هذا ما ذكره الطبري •

وقال الماوردي (٢٥٥) : اذا كان في يده عبد صغير لا يميز ، فادعى
رقه حكم له به ، فان بلغ وادعى الحرية ، لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير
يستخدمه ذو اليد ولم يدع رقه حتى بلغ ، فادعى رقه بعد بلوغه هل يحكم
له برقه بدعواه ؟ فيه وجهان : احدهما نعم ، وهو قول الشيخ أبي حامد
الاسفرايني ، والثاني : لا ، وهو اظهر الوجهين عندي ، اما اذا كان مميزا
ففي ثبوت رقه بمجرد اليد وجهان : هذا ما ذكره الماوردي •

وقال الشيخ أبو نصر : اذا كان الصغير في يد انسان ، ولا تميز له ،

(٢٥٠) س والطبوعة : وادعى •

(٢٥١) س : بانه ملكه •

(٢٥٢) س ب والطبوعة : فادعى •

(٢٥٣) س ب والطبوعة • بالملك له •

(٢٥٤) الزيادة من س ب •

(٢٥٥) انظر كلام الماوردي في أدب القاضي له ح ٤ الفقرة ٥٢٧٤ -

• ٥٢٧٥

فادعى انه له ، ثبت له ذلك بقوله ، فلو بلغ ، وادعى (٢٥٦) الحرية لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير في يده يستخدمه ذو اليد (٢٥٧) ، ولم يدع رقه ، حتى بلغ فادعى الحرية ، وادعى من كان في يده انه عبده ، فالقول قول ذي اليد مع يمينه •

وحكى القاضي أبو الطيب في شرح الفروع وجها : انه اذا بلغ كان القول قوله مع يمينه ، اما المميز هل يثبت الملك (٢٥٨) عليه بدعوى من (٢٥٩) في يده الرق مع انكار المميز ؟ فيه وجهان •

قال الشيخ أبو علي في شرحه الكبير : اذا كان في يده صغير لا يميز ، ويدعي رقه فيحكم (٢٦٠) له به ، فلو بلغ وادعى الحرية ، هل يقبل قوله (٢٦١) ؟ فيه وجهان : قال العراقيون : لا يقبل ، [والثاني : يقبل] (٢٦٢) ، وعلى المدعي اليقنة • وهكذا (٢٦٣) لو كان يتخول (٢٦٤)

(٢٥٦) قال محقق المطبوعة : ان هذه اللفظة وردت في النسخة ب بلفظ (ادعى) بسقوط الواو ، وليس ذلك كما يقول : بل وردت فيها مقترنة بالواو •

(٢٥٧) العبارة في س ب والمطبوعة : ولو كان الصغير في يده يستخدمه ويستسخره لكن لم يدع رقه فلما بلغ ادعى الحرية • وما أثبتناه عن الاصل •

(٢٥٨) س : هل تثبت اليد •

(٢٥٩) س ب والمطبوعة : من هو في يده •

(٢٦٠) س : يحكم •

(٢٦١) لفظة (قوله) سقطت من ب •

(٢٦٢) الزيادة من س ب •

(٢٦٣) س : وهذا •

(٢٦٤) ب : تخول • ومعنى يتخول : يتعهد ويرعى كما في القاموس (خول) •

الصغير في يده ، لكن (٢٦٥) لم يدع ملكه ، حتى بلغ ، ثم ادعى ملكه ، وانكر ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان • اما المميز اذا ادعاه ذو اليد فانكر هو ، وقال : انا حر الاصل ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان (٢٦٦) •

المسألة الخامسة والعشرون : [هل يشترط اقرار العبد برقه للبائع حين شرائه]

[٥٠٩] اذا اشترى عبدا او امة ، وكان بالغا ، فلاحتياط ان يسأل المشتري عن رقه ، فان اعترف انه رقيق للبائع اشتراه ، وهل يشترط في صحة شرائه اقراره لبائعه بالرق ؟ المشهور لا يشترط •

وقال الشيخ أبو محمد : لا بد من هذا ، فلو اشتراه ولم يعترف بالرق للبائع ، ولا قامت بينة برقه (٢٦٧) ، ولا على اقراره بالرق للبائع ، ثم ادعى انه حر الاصل ، ولم يحكم برقه للبائع بناء على انه [٥٦/أ] كان في يده صغيرا يستخدمه ويدعي رقه ، فالقول قول العبد مع يمينه والحالة هذه •

فاذا (٢٦٨) حلف وانتزع من يد المشتري ، فهل يرجع على البائع بالثمن الذي قبضه منه ولم يعترف المشتري أيضا بالملك للبائع ؟

قال القاضي أبو الطيب الطبري في شرح الفروع : انه لا يرجع قولا واحدا ، بخلاف ما لو ثبتت حريته بالينة ، فانه يرجع بالثمن •

(٢٦٥) س والمطبوعة : ولكن •

(٢٦٦) تكرر هنا في نسخة ب الكلام المبتدئ بقوله : (هل يثبت الملك عليه بدعوى من هو في يده الرق مع انكار المميز فيه وجهان وقال الشيخ أبو علي (٠٠) الى هنا •

(٢٦٧) س : على رقه • في

(٥٦٨) ب والمطبوعة : واذا •

وقال الامام في هذه المسألة : قال الشيخ أبو علي : في الرجوع بالثمن
نظر ، وبالجمله فالمسألة متجهه (٢٦٩) .

**المسألة السادسة والعشرون : [في اشتمال احدى البيئتين على زيادة
عدد ، او تفردت (٢٧٠) بما يظن ترجيحاً والخلاف في ذلك]**

[٥١٠] وهذه المسألة تجرى مجرى قاعدة متأصلة في تعارض البيئتين ،
فنقول :

اذا شهد لاحد المتداعين شاهدان عدلان ، وللآخر ثلاثة أو أربعة أو
خمس (٢٧١) عدول ، فلا ترجح (٢٧٢) بزيادة العدد عندنا على القول
الجديد .

وقال في القديم : ترجح به (٢٧٣) .

[٥١١] ولو أقام احدهما شاهدين ، وأقام الآخر شاهدا وامرأتين ،

(٢٦٩) ورد في حاشية الاصل هنا تعليق للناسخ نصه : قال في الروضة
في هذه المسألة فاذا حلف حكم بحريته في الظاهر ، ثم اطلق ابن
الحداد انه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، وفصل أكثرهم
فقالوا : ان لم يصرح في منازعته بأنه رقيق رجع ، وان صرح فعلى
الوجهين . انتهى .

قلت : وقد ورد هذا الكلام في الروضة للنووي ح ١٢ ص ٢٨
بنصه .

(٢٧٠) س ب والمطبوعة . أو تفرد بما .

(٢٧١) ب : أو خمسة غير عدول .

(٢٧٢) س ب : فلا ترجيح .

(٢٧٣) انظر القولين القديم والجديد في نهاية المحتاج ٣٤٢/٨ ، مغني
المحتاج ٤٨٢/٤ ، المهذب ٣١٢/٢ ، المختصر ٢٦١/٥ ، الام ٢٥١/٦ ،
- ٢٥٢ . أدب القاضي للماوردي ح ٤ الفقرة ٥٠٤٤ وما بعدها .

فالمذهب طرد القولين • وقيل يقدم الشاهدان •
 [٥١٢] ولو أقام أحدهما شاهدين (٢٧٤) ، وأقام الآخر شاهدا
 واحدا ، وحلف معه ، ففيه قولان ، الأصح الجديد : ترجيح
 الشاهدين (٢٧٥) •

[٥١٣] [ثم] (٢٧٦) حيث ترجحت أحدهما ، فلو انضمت اليد إلى
 البينة الضعيفة ففيه (٢٧٧) وجهان : أحدهما التساوي ، والثاني : ترجيح
 الضعيفة باليد •

[الترجيح بزيادة العدالة]

[٥١٤] وأما الترجيح بزيادة العدالة ، فالمذهب المقطوع به أنه
 لا ترجيح (٢٧٨) ، وللشافعي رضي الله عنه قول قديم أنه يرجح بها (٢٧٩) ،
 حكاه الشيخ أبو علي •
 ومن [أصحابنا من] (٢٨٠) قال : ليس هذا بقول قديم للشافعي ،
 وإنما حكاه عن مذهب مالك (٢٨١) •

-
- (٢٧٤) س ب والمطبوعة : ولو أقام أحدهما شاهدين وشهد للآخر شاهد
 ويمينه فيه قولان الأصح الجديد • وما اتبناه عن الأصل •
 (٢٧٥) لأن الشاهد واليمين موضع خلاف بين الفقهاء •
 (٢٧٦) الزيادة من س ب •
 (٢٧٧) س ب والمطبوعة : فيه •
 (٢٧٨) س ب والمطبوعة : لا ترجيح به •
 (٢٧٩) في الأصل : به ، وفي نسخة ب : لا ترجيح بها (وهو سهو) •
 (٨٢٠) الزيادة من س ب •
 (٢٨١) انظر رأي الإمام مالك في تبصرة الحكام ٣٠٨/١ ، الفروق ٦٢/٤ ،
 حاشية الدسوقي ٢٢٠/٤ ، قوله وإنما حكاه عن مذهب مالك ،
 ذكر ذلك الماوردي في أدب القاضي ح ٤ الفقرة ٥٠٤٦ •

[٥١٥] قلت : ومما يدور في خلدي : انه لو كانت بينة احدهما يعرفها^(٢٨٢) القاضي بالعدالة ، أو زكيت عنده تركية مطلقة ، وزكيت بينة الآخر تركية مقيدة ، فيما شهدت به ، وقبلنا التركية المقيدة^(٢٨٣) ، هل يكون هذا من قبيل زيادة العدالة ؟ أو يكون من قبيل الشاهدين في مقابلتهما شاهد ويمين ؟ من حيث ان الشاهدين انما ترجحا^(٢٨٤) على الاصح ، لانها بينة مجمع على قبولها ، بخلاف الشاهد واليمين وفي مسألة التركية المقيدة كذلك [٥٦/ب] بل أولى ؛ لأنها مختلف فيها عندنا ، فهو أقرب الى الضعف^(٢٨٥) من خلاف ابي حنيفة وأصحابه في الشاهد واليمين^(٢٨٦) ، فينبغي ان يكون فيها خلاف ، والاصح ترجيح البينة المركة مطلقا ، ويتجه خلافه .

* * *

-
- (٢٨٢) س : يعرفهما .
 (٢٨٣) المشهور في المنعيب انها لا تقبل لأن العدالة لا تتبعض ، وقال بعض الاصحاب : تقبل وقد مر ذلك في الفقرة ١٢٦ .
 (٢٨٤) س : يرجحان .
 (٢٨٥) س : الى الثبت (وهو تصحيف) .
 (٢٨٦) يرى الحنفية عدم جواز القضاء بشاهد ويمين خلافا لجمهور الفقهاء فانظر رأيهم في بدايع الصنائع ٢٩٢٣/٨ ، تكملة فتح القدير ١٥٥/٦ ، الدر المختار ٥٤٩/٥ . درر الحكام ٣٣٣/٢ .

الفصل السابع

في دعوى بعض الورثة دينا لمورثه^(١)

وابتات ما يخص المدعى منهم

[٥١٦] اما اذا مات رجل عن دين ، وخلف ورثة ، فان ادعى الكل به ، أو وكيل^(٢) عنهم ، وكانوا اهلا للدعوى والتوكيل ، وأقاموا بينة عادلة على الدين استحقوه جميعا^(٣) .

وهكذا ان اقاموا شاهدا واحدا ، وحلفوا جميعا استحقوا .

وكيفية اليمين : ان يحلف كل^(٤) واحد منهم بالله ان مورثه يستحق في ذمة هذا المدين ألف درهم ، وان الشاهد بها صادق فيما شهد به ، وقد ثبت من قبل مثلا موت رب الدين ، وعدة ورثته ، أو يحلف بالله انه مستحق^(٥) بطريق الميراث عن مورثه من جملة دين جملته ألف درهم ، كذا وكذا درهما ، وان شاهده^(٦) صادق فيما شهد به .

قال الشيخ أبو علي : يحلف كل وارث على جميع الحق ، لأنه يشبه لمورثه لا لنفسه .

(١) س ب والمطبوعة : لمورثهم ، وما اثبتناه عن الاصل .

(٢) س : وكل .

(٣) انظر هذه المسألة في كتاب الام للشافعي ٢٤٥/٦ .

(٤) س ب والمطبوعة : كل منهم .

(٥) في الاصل : يستحق وما اثبتناه عن س ب .

(٦) في الاصل : وان شاهدي .

• هذا اذا حلف الكل •

[٥١٧] اما اذا حلف البعض دون البعض ، استحق الحالف دون الناكل [وفيه قول ان ما اخذه الحالف يشاركه فيه بقية الورثة ، والاول اصح ، حكاه القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر]^(٧) •

• فلو مات الناكل لم يكن لوارثه ان يحلف •

وان مات بعض الورثة قبل النكول ، حلف ورثة من لم يحلف ، لكن هل تجب اعادة الشهادة ؟ فيه وجهان •

[كذلك لو جاء هذا الوارث بشاهد آخر ، هل تجب اعادة الشاهد الاول ؟ فيه وجهان]^(٨) مبنيان على ان دعوى وارث الوارث هل هي دعوى جديدة ؟ أو في حكم البناء ؟

اما اذا كان فيهم حاضر وغائب ، فحلف الحاضر مع الشاهد اخذ قدر حصته •

وهل يخرج من يد الغائب ؟ فيه قولان :

فان قلنا : لا يخرج ، فاذا قدم الغائب ، أو افاق المجنون ، حلف من غير حاجة الى اعادة الشاهد شهادته ، واذا حلف الحاضر الماقل مع شهادة الشاهد ، واخذ قدر حصته ، هل يشاركه فيها الغائب اذا حضر ؟ فيه قولان^(٩) •

اما اذا أقام الحاضر شاهدين ، وبقية الورثة اما غائب أو صبي أو

(٧) الزيادة من من ب •

(٨) الزيادة من مصحح الاصل في حاشيته ومن من ب •

(٩) جاء في حاشية الاصل تعليق على ذلك هنا وهو (الاصح من القولين

ان له المشاركة فيه قطع الجمهور) •

مجنون ، انتزع^(١٠) ولي المحجور عليهم نصيه قولا واحدا ، عينا كان المدعى به أو دينا •

واما نصيب الغائب فينتزع أيضا ان كان عينا^(١١) ، وان كان دينا ، وجهان : قال الامام يجريان في كل من اقر لغائب بدين ، هل ينتزعه القاضي منه ؟ [٥٧/أ] فيه وجهان •

وان اقر بأن^(١٢) يده عينا غصبها لفلان الغائب ، انتزعه القاضي [منه]^(١٣) قولا واحدا •

[اقرار ذي اليد لأحد الورثة]

[٥١٨] اما اذا ادعى الوارثان عينا في يد ذي يد بانها ملك ايتهما ورثاها عنه ، فأقر لواحد منهما ، وأخذ نصيه ، نص الشافعي^(١٤) رضي الله عنه على ان المكذب يشارك المصدق فيما اخذه ، ونص في الوارث الغائب اذا حضر لا يشارك الحاضر الذي حلف مع شاهد واحد في حصته^(١٥) من الدين المدعى به •

وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج •

ومنهم من فرق بما هو ظاهر ، وهو ان الدين الذي للميت ليس

(١٠) س : انتزع منه ولي المحجور (بزيادة لفظة : منه) وهو اختيار محقق المطبوعة •

(١١) انظر المسألة في الام ٢٤٥/٦ •

(١٢) س : بأن هذه عينا (وهو تصحيف) •

(١٣) الزيادة من س ب •

(١٤) انظر هذه المسألة في مغني المحتاج ٤٤٤/٤ ، نهاية المحتاج ٢٩٨/٨ •

(١٥) تصحفت العبارة في س ب والمطبوعة الى : (مع شاهده واخذ حقه)

وما اثبتناه عن الاصل •

بمعيّن ، ولا يتعيّن^(١٦) الا بتعيّن المقبض ، فلا يشارك الغائب الحاضر فيما أخذه بتعيّن المقبض ، بخلاف المعين ، فان الآخذ مصدق بان عينها مشتركة بين الورثة كلهم • هذا كله^(١٧) اذا ثبت الدين بشهادة شاهد ويمين حاضر ، مع غيبة أحد الورثة •

[قبض أحد الورثة نصيبه دون اذن]

[٥١٩] اما اذا مات رجل عن دين ، ومن عليه معترف به ، وكل الورثة حاضرون ، أو بعضهم حاضر ، وبعضهم غائب ، فلو قبض بعض الحاضرين نصيبه ، وهو قدر حصته من الدين^(١٨) ، لا بأذن بقية^(١٩) الورثة ان حضروا ، ولا بأذن الحاكم ، فهل يشارك من لم يقبض من الحاضرين ، أو من الغائبين ، أو ولي المجنون والصبي [منهم]^(٢٠) القابض فيما قبضه ؟ الذي يظهر لي انهم يشاركونه قولاً واحداً •

[٥٢٠] وعندي ان الاصحاب اتفقوا على هذا أو اختاروه^(٢١) ، مع ذكر خلاف فيه ، فعلى هذا اذا كان الورثة اثنين مثلاً والدين الفاء نقبض احدهما خمسمائة باتفاق منه ومن المدين [فحضر الغائب أو علم الحاضر الآخر الذي لم يقبض ، فهو بالخيار بين ان يأخذ من القابض نصف ما أخذه ، ويبقى الباقي بينهما ، أو يستبد بأخذ الباقي من الدين]^(٢٢)

(١٦) س : ولا يتعيّن المقبض الا بتعيّن •

(١٧) س ب والمطبوعة : هذا كله فيما اذا ثبت •

(١٨) تصحفت لفظة (الدين) هنا في المطبوعة الى (المدين) •

(١٩) س ب والمطبوعة : لا بأذن بقية جميع الورثة •

(٢٠) الزيادة من س ب •

(٢١) في الاصل وفي نسخة س : واختاروه (بالواو) وما اثبتناه عن ب

وهو اختيار محقق المطبوعة •

(٢٢) الزيادة من س ب •

ويملك القابض ما أخذه •

[٥٢١] نعم ههنا نظر : وهو ان الحاضر اذا احضر المدين الى الحاكم ، وطالبه [بحصته]^(٢٣) فآقر ، أو أقام عليه شاهدين ، وامره القاضي بدفع نصيبه^(٢٤) اليه فدفعه اليه ، وبقية الورثة حاضرون ، لم يفعلوا شيئا من ذلك ، أو كانوا غائبين ، فاذا جرى الامر كذلك ، ثم أراد من كان حاضرا ولم يطلب ، أو من حضر بعد غيبته ان يشاركه فيما اخذ^(٢٥) هل له ذلك ، والغرض انه قبض ذلك باذن الحاكم حصته ؟

هذا عندنا فيه نظر ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه •

★ ★ ★

(٢٣) الزيادة من س ب •

(٢٤) س ب والمطبوعة : بدفع حصته اليه فدفعها •

(٢٥) س والمطبوعة : اخذه •

الفصل الثامن

في الدعوى بحق الشفعة

[٥٢٢] الشفعة على مذهبنا^(١) لا تثبت [٥٧/ب] الا في عقار محتمل للقسمة يجبر المطلوب الى القسمة عليها .

وعلة^(٢) ثبوت الشفعة دفع ضرار مؤونة القسمة .

هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه ، والعمل عليه ، فلا تثبت الشفعة عنده في الحمام الصغير والرحى الصغيرة والبئر والقنى والاسراب .

[٥٢٣] وقال ابن سريج : تثبت الشفعة في الحمام^(٣) والرحى والبئر والقنى والسرب وغيرها ، وان اتصفت بالصغر وتعذرت قسمتها ، قال : لأن الشفعة تثبت لضرر المداخلة على التأيد ، فلا فرق فيه بين المنقسم وغير المنقسم .

[٥٢٤] ثم اختلف الاصحاب في المنقسم الذي تثبت فيه الشفعة قبل انقسامه ، والصحيح^(٤) انه الذي يبقى^(٥) فيه جنس منفعة التي كانت قبل القسمة بمد القسمة ، ولو على تضايق .

مثاله : الدار اذا قسمت تبقى بمد قسمتها دارا ينتفع بها بالسكنى ،

(١) انظر مذهب الشافعية في الشفعة : مختصر المزني ٥٣/٣ ، الام ٢٣١/٣ ، الروضة للنووي ٦٩/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٦/٢ ، فتاوى ابن حجر الهيتمي ١٠٥/٣ ، نهاية المحتاج ١٩٥/٥ .

(٢) س : وعلى .

(٣) س : الحمام الصغيرة .

(٤) س ب والمطبوعة : فالصحيح .

(٥) س ب والمطبوعة : يبقى جنس .

وهو جنس المنفعة التي كانت ، وإن كانت على نوع تضايق ، وكذلك الحانوت والحمام الكبير والرحى الكبيرة^(٦) .

ومن أصحابنا من قال : المتقسم في باب الشفعة هو الذي يتنفع بالصفة المنقسمة^(٧) منه أي منفعة كانت^(٨) ولو للسكون^(٩) ، ولا يشترط بقاء جنس المنفعة التي كانت ، وهذا بعيد .

وقيل : من شرطه ان تبقى المنفعة التي كانت وجنسها^(١٠) لا على تضايق . وهذا لا يتأتى الا في دار فضاء كبيرة ، أو أرض ممتدة ، وهو أبعد من الاول .

وقيل : المتقسم شرطه ان لا تؤدي قسمته الى حطيطة كبيرة من القيمة^(١١) : مثاله دار قيمتها^(١٢) مائة ، فلو قسمت نصفين سوى كل نصف ثلاثين ، فهذا لا يقسم ، ولا تثبت فيه شفعة ، فلو كانت تساوي^(١٣) مائة ، ويساوي نصفها لو قسمت خمسين ، فينقسم^(١٤) وتثبت فيه الشفعة ، وكذا لو سوى النصف مثلاً ثمانية وأربعين بنقص يسير يتغابن^(١٥)

(٦) س ب والمطبوعة : الكبير .

(٧) س ب والمطبوعة : المقسومة .

(٨) س : على أي صفة كانت .

(٩) س ب والمطبوعة : السكون .

(١٠) س ب والمطبوعة : ان تبقى تلك المنفعة وجنسها التي كانت .

(١١) س ب والمطبوعة : الى حطيطة كثيرة في قيمته .

(١٢) س ب والمطبوعة : قيمة كلها مائة .

(١٣) س ب والمطبوعة : تساوي جميعها مائة .

(١٤) س : يقسم : وفي الاصل : فتقسم وما اثبتناه عن ب وهو مختار

محقق المطبوعة .

(١٥) في الاصل : لا يتغابن (وهو سهو) .

بمثله^(١٦) وهو درهمان أو ثلاثة • ومرد هذا الى العرف^(١٧) • وهذا أيضا فيه بحد •

[٥٢٥] ولا فرق في أخذ الشقص بالشفعة بين ان يكون الشقص المشفوع صار الى المأخوذ منه بشراء ، أو اجرة^(١٨) منفعة عند مستأجر ، أو صداقا لزوجة في نكاح ، أو جعلته المرأة عوضا في خلع • أو جعله مالكة عوضا في صلح من دم عمد ، أو جعله [٥٨/أ] الزوج منعة في طلاق ، فنسبت الشفعة^(١٩) في جميع هذه الاعراض ، ولا يؤخذ اذا حصل عن هبة لا تقتضى ثوبا ، أو عن وصية ، أو ارث • وهذا ظاهر^(٢٠) •

ثم اعلم ان الكلام اما يقع في شراء الشقص فانه الغالب ، فان وقع العقد بين المتبايعين بشمن معلوم ثبتت الشفعة على الفور ، وفيه أقوال آخر^(٢١) لا تفرع عليها •

[سمي الشفيع لطلب الشفعة واشهاده]

[٥٢٦] وعلى الشفيع ان يسمى اذا^(٢٢) بلغه الخبر الى المشتري باذلا

(١٦) ب : مثله •

(١٧) س ب والمطبوعة : للعرف •

(١٨) س ب والمطبوعة : أو اجرة عن منفعة مستأجر •

(١٩) لفظة (الشفعة) سقطت من متن ب وثبتت في هامشها •

(٢٠) انظر هذه المسألة في مقني المحتاج ٢/٢٩٨ ، نهاية المحتاج ٥/١٩٨ ،

روضة الطالبين للنووي ٥/٧٨ •

(٢١) ب والمطبوعة : أخرى •

(٢٢) ب س : (كما بلغه) ومعناه عند بلوغه الخبر ، قرأها محقق المطبوعة

(لا بلغه) • وما اثبتناه عن الاصل •

للمن (٢٣) الذي وقع العقد عليه ، ويشهد على الطلب شاهدين ، اذا
 سمع ، وهم بالسعي الى المشتري •
 فلو لم يشهد مع القدرة ، وسعى الى المشتري بنفسه أو وكيله ،
 فالمذهب انه ليس بمقصر ، وفيه وجه •
 ولو ترك السعي الى المشتري ، ومضى الى القاضي ، مع كونه اشهد
 على الطلب ، ومع قدرته على السعي الى المشتري ، ففيه (٢٤) خلاف •
 وميل المرازمة الى انه مقصر كنظيره (٢٥) في العيب ، وميل غيرهم
 الى انه لم يقصر ، وهو الاظهر •

[التاخر عن الطلب لعذر]

[٥٢٧] ولو لم يَسْعَ بنفسه لا الى مشتري ، ولا الى حاكم ، وهو
 معذور بمرض أو حبس ، أو غيره ، لكنه قدر على التوكيل (٢٦) فلم
 يوكل ، فيه ثلاثة اوجه ، الاصح انه مقصر •
 فان عجز عن التوكيل وعن السعي بنفسه ، وجب عليه أن يشهد
 على الطلب ، فان لم يفعل مع القدرة فقولان ، الاصح أنه مقصر •
 ولو كان في الحمام ، أو في صلاة ، أو (٢٧) انتظار صلاة ، أو أكل
 معتاد لم يلزمه البدار بنفسه ، وقطع هذه الاشياء على الاصح ، فلو كان
 ملابسا لها وقدر على الاشهاد هل يلزمه الاشهاد ؟ فيه وجهان :

(٢٣) ب والمطبوعة : الثمن •

(٢٤) س ب والمطبوعة : فيه •

(٢٥) ب والمطبوعة : كنظيره ، وهو تصحيف ، وما اثبتناه عن الاصل
 وعن س •

(٢٦) في المطبوعة : على التوكيل ، وهو خطأ مطبعي •

(٢٧) س والمطبوعة : أو في انتظار صلاة أو على أكل معتاد ، وما اثبتناه
 عن الاصل وعن ب •

ولو أخر السعي في موضع يجب عليه البدار ، وقال : انما اخرت ،
لاني جهلت بطلان الحق بالتأخير ، فان كان مما يجوز ان يشبه عليه مثل
ذلك عذر ، ولم يجعل مقصرا ، وان كان ممن لا يجوز ان يخفى عليه
مثل ذلك لم يقبل منه ، ويسقط حقه •

[دعوى الشفعة]

[٥٢٨] ثم اذا ترفع المشتري والشفيع الى عند الحاكم وحرر دعواه
طالباً اخذ الشقص المشتري من يد المشتري ، وأتى بها على الوضع
الشرعي ، فان اعترف المشتري بدعواه كلها المتضمنة شراء المشتري الشقص
المعين من العقار الذي يمكن قسمته وثبتت الشفعة في مثله بالثمن المعلوم ،
وعينه ، وانه شريك فيه ، وقد احضر الثمن فلا كلام ، يسلم الشفيع الى
المشتري الثمن ، [٥٨/ب] ويسلم منه الشقص ، ان سمح بالتقديم ، والا
سلمه ، باذن الحاكم ، الى عدل [ويسلم الشقص] [٢٨] وسلم [٢٩] العدل
الثمن الى المشتري •

[انكار الدعوى]

[٥٢٩] وان انكر المشتري دعواه ، نظر : ان انكر الشراء فالقول
قوله مع يمينه ، وعلى الشفيع اليمين •
وان اعترف بالشراء ، وانكر ان يكون للشفيع (٣٠) في العقار الذي

(٢٨) الزيادة من س ب •

(٢٩) س : ويسلم •

(٣٠) في الاصل وفي س : الشفيع وما اثبتناه عن ب •

الشفص المشفوع من جملته ، جزء (٣١) منه ، فالقول قوله مع يمينه ،
يحلف بالله تعالى انه (٣٢) لا يعلم له فيه ملكا ، ولا يحلف على البت
قولا واحدا .

فان اقام الشفيع اليانة بملك جزء معين في العقار عمل بموجبها .

[الجهالة بالثمن]

[٥٣٠] وان اعترف له بالشراء والملك ، لكنه (٣٣) قال : الثمن الذي
وقع عليه العقد كف (٣٤) من الدراهم مجهولة ، أو صبرة من الحنطة
مجهولة ، أو عقد لؤلؤ من الجوهر (٣٥) ، نظر :

ان اعترف الشفيع بذلك ، سقطت الشفعة على القول الصحيح
[المنصوص ، وكذا ان انكر الشفيع ذلك ، وشهدت يانة (٣٦) بحضوره (٣٧)
العقد ، وانه وقع العقد على ثمن مجهول حسبما ادعاه المشتري ، سقطت
الشفعة على الصحيح] (٣٨) وهذا من باب الحيل المملوكة في اسقاط
الشفعة .

وقال ابن سريج : لا تسقط الشفعة بذلك ، بل يقال للشفيع :

(٣١) في الاصل وفي ب : وجزء (بالواو) وما اثبتناه عن س .

(٣٢) لفظة (انه) ليست في نسخة ب .

(٣٣) س والمطبوعة : ولكنه .

(٣٤) س والمطبوعة : الثمن الذي وقع عليه العقد كان مجهولا لكونه كفا
من الدراهم .

(٣٥) س ب : من الجوهر مجهول نظر ، وفي المطبوعة : من الجوهر
مجهولا نظر .

(٣٦) في المطبوعة بنية (بتقديم النون على الياء وهو تصحيف مطبعي) .

(٣٧) ب والمطبوعة : بحضور .

(٣٨) الزيادة من س ب .

سم^(٣٩) في نفسك قدرا معلوما وادع الشفعة ، فإذا بينه ، فإن قال المشتري كان أكثر ، فالقول قوله مع يمينه ، يحلف بالله تعالى أنه اشتراه بأكثر مما سماه الشفيع ، ثم يقال للشفيع : زد في مقدار الثمن ، واعد الدعوى واعرض^(٤١) اليمين على المشتري .

فإن حلف زاد الشفيع قدرا آخر^(٤٢) .

ولا يزال كذلك ، الشفيع يزيد قدرا يدعيه ، والمشتري يحلف بالله تعالى أنه اشتراه بأكثر منه ، إلى أن يعترف بما ادعاه ، أو ينكل ، فترد اليمين على الشفيع ، فيحلف أنه اشتراه بالقدر الذي عينه آخره ، ويأخذ^(٤٣) الشقص به .

وهذا^(٤٤) المذهب صار إليه بعد ابن سريج القاضي حسين^(٤٥) .

وهو غلط غير معمول به ، لأن الشفيع إذا اعترف بما ادعاه المشتري من جهالة الثمن ، وإن المقد وقع على مجهول ، لا يعلم قدره ، فكيف يسوغ أن يجوز له الكذب بتعيين قدر معين وقع المقد عليه ، مع إقراره بوقوع المقد على مجهول ؟ أم كيف يستجيز الشفيع^(٤٦) أن يحلف

(٣٩) س ب والمطبوعة : خمن في نفسك .

(٤٠) س ب : أن ، وفي المطبوعة : بأن .

(٤١) ب : وتموض ، س : ويعرض ، وفي المطبوعة : وتعرض ، وما أثبتناه عن الاصل .

(٤٢) س : قدرا أكثر .

(٤٣) ذكر محقق المطبوعة : أن اللفظ في نسخة ب (أو يأخذ) وليس كما قال بل هو كما أثبتناه .

(٤٤) ب : وهو .

(٤٥) وذهب إلى ذلك الخطيب الشربيني انظر مقني المحتاج ٣٠٢/٢ .

(٤٦) س : كيف تبيح للشفيع .

يمينا بآة (٤٧) ان العقد جرى على مائة مثلا عينها ، مع اقراره بوقوع العقد على كف مجهول من الدراهم (٤٨) ؟

وهذا مما يبطل جريان التحليف (٤٩) به ، بل يستحيل شرعا [٥٩/أ] وقوعه وقبوله ، فالوجه القطع بسقوط التسفحة اذا (٥٠) اعترف الشفيع بكون الثمن مجهولا ، وتعذر الاطلاع عليه بتلفه مثلا .

نعم لو قال المشتري : الثمن مجهول ، فقال الشفيع : كذبت (٥١) كان معلوما ، وعين قدره ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، يحلف بالله ان الثمن الذي اشترى به الشقص المشار اليه مجهول لا يعلم قدره .

[٥٣١] فان قال المشتري : كان الثمن معلوما ، لكنني (٥٢) نسيت ، فالمذهب انه يقنع منه بهذا الجواب ، ويحلف بالله انه (٥٣) لا يعلم قدره .

وقال ابن سريج : لا يقنع منه بهذا (٥٤) الجواب ، بل تعرض (٥٥) اليمين البآة (٥٦) عليه ان الثمن لم يكن المائة التي عينها الشفيع مثلا ، فان اصر على قوله : لا أدري بل نسيت ، جعل ناكلا ، وحلف الشفيع ، ان الثمن كان مائة مثلا ، واخذ الشقص بها .

(٤٧) س : تامة .

(٤٨) س ب والمطبوعة : من الدراهم المجهولة .

(٤٩) س ب والمطبوعة : التكليف به .

(٥٠) س ب والمطبوعة : مهما اعترف .

(٥١) س : فكذبه الشفيع وقال بل كان معلوما .

(٥٢) س : لكن .

(٥٣) س ب والمطبوعة : ويحلف عليه بالله لا يعلم قدره .

(٥٤) س ب والمطبوعة : لا يقنع منه بهذا بل .

(٥٥) في المطبوعة : يعرض .

(٥٦) س : الثانية .

[٥٣٢] فلو ادعى الشفيع الشفعة^(٥٧) و [طلب]^(٥٨) اخذ الشقص بها^(٥٩) فقال المشتري : كان مجهولا لا اعلم قدره ، فقال الشفيع : انت تعلم قدره ، فينه ، ولم يذكر الشفيع قدرا ، هل تسمع دعواه ؟
 قال المتولي^(٦٠) : المشهور سماع دعواه ، فاذا أجاب المشتري بانني لا اعلم ، كان جوابا صحيحا ، ويحلف عليه ، قال^(٦١) : وفيه وجه ان دعواه كذلك^(٦٢) لا تسمع حتى يبين قدرا بعينه^(٦٣) . ودليله انه لو أصر المشتري بالعلم لم يتوصل الشفيع الى حقه الا بدرجة أخرى لا يقدر عليها غيره ، وهو الاخبار عن المبلغ ، فلم يسمع .

وقال البغوي : هل تسمع دعوى الشفيع على المشتري ، بانه يعلم قدر الثمن اذا ادعى الجهل به ؟ فيه وجهان ، الاصح لا تسمع حتى يبين قدرا اشتراه المشتري به^(٦٤) .

-
- (٥٧) س و هاشم ب والمطبوعة : بالشفعة .
 (٥٨) الزيادة من س ومن هاشم ب .
 (٥٩) العبارة (فلو ادعى الشفيع الشفعة وطلب اخذ الشقص بها) سقطت من متن ب وثبتت على هاشمها .
 (٦٠) المتولي : واسمه عبدالرحمن بن مأمون بن علي بن ابراهيم أبو سعد النيسابوري الفقيه الشافعي صاحب « التتمة » على « ابانة » شيخه الفوراني ، ولم يتمها ، كان جامعا بين العلم والدين وحسن السيرة وتحقيق المناظرة ، وله يد في الاصول والفقه والخلاف تولى التدريس في نظامية بغداد بعد وفاة ابي اسحاق الشيرازي توفي سنة ٤٧٨ هـ انظر طبقات السبكي ١٠٦/٥ رقم ٤٥٣ ، وفيات الاعيان ١٣٣/٣ رقم ٣٦٥ ، المنتظم ١٨/٩ ، المعبر ٢٩٠/٣ ، طبقات ابن هداية الله ٦٢ .

- (٦١) س : وقال .
 (٦٢) س : لذلك .
 (٦٣) س : بعينه .
 (٦٤) س ب والمطبوعة : حتى يبين قدرا ان المشتري اشتراه به .

[٥٣٣] وههنا مسألة حسنة يخلو معظم تصانيف الاصحاب عنها ، وهو ان الشفيح اذا ادعى الشفعة^(٦٥) ، وعين قدرا وقع الشراء به^(٦٦) ، فقال المشتري : لا اعلم قدر الثمن ، فشهد شاهدان انهما حضرا العقد بينهما ، وكان الثمن الف درهم معينة ، وكفا من الدراهم لا يعلمان^(٦٧) قدرها ، لكنها دون العشرة يقيناً ، فقال الشفيح : انا اؤدي الفا وعشرة ، قال الشيخ الغزالي في فتاويه : اذا وزن الشفيح الفا وعشرة ، وجب تسليم الشقص اليه ، ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة ، وعليه ان يقتصر على القدر الذي سلمه الى البائع • هذا جوابه •

وعندي انه وقوع^(٦٨) في مذهب ابن سريج ، فان المشتري يقول : الثمن مجهول لا اعرفه ، فكيف^(٦٩) يلزم بقبض قدر معين ، امكن ان يكون أكثر من الثمن ، فعليه مئة في قبضه ، وهو يقول : لا أدري كميته ، ويمكن صدقه ، [٥٩/ب] ولا يقدر على قبض كله ؛ لاحتمال انه [أكثر من الثمن]^(٧٠) ، ولا يمكنه تنقيص قدر معلوم ، لأن تنقيص المعلوم من المجهول لا يصير المجهول معلوما •

ثم في قبول هذه الشهادة نظر ظاهر ، لانها شهادة بمجهول^(٧١) من وجه ، وفي قبول مثلها خلاف ، كما اذا قال الفاصب : قيمة المصوب

(٦٥) ب والمطبوعة : بالشفعة •

(٦٦) س ب والمطبوعة : وقع شراء المشتري به •

(٦٧) س : لا يعلم •

(٦٨) س والمطبوعة : انه وقع في •

(٦٩) في الاصل : فكيف لم يلزم نقص ، وما اثبتناه عن س ب •

(٧٠) العبارة في الاصل : لاحتمال انه اتقص ولا يمكنه تنقيص • وما

اثبتناه عن ب س •

(٧١) ب : لمجهول •

مائة ، فشهد شاهدان ان قيمته أكثر من مائة ، ولم يذكر القدر الزائد ،
فهو (٧٢) تقبل شهادتهما ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما تقدم (٧٣) .

وكذلك (٧٤) في مسألتنا تخرج على هذين الوجهين .

ولو سأل (٧٥) فتح هذا الباب ، وقبول الشهادة فيه على ما ذكره ،
لم يبق للشراء بصيرة مجهولة من الدراهم فائدة في دفع الشفعة .

اذ ما من كف من الدراهم ، أو صبرة لطيفة الا ويمكن الشهادة
بانها كانت تزيد على مائة درهم ، وتنقص مثلا عن عشرة آلاف ، فلو شهد
بذلك شاهدان أو زادا (٧٦) مثلا الى قدر يعلم قطعا ان الصبرة لم تبلغ
اليه ، وعينوا في طرف القلة قدرا علم قطعا انها كانت أكثر منه ، فلو
سمعت هذه الشهادة فقال الشفيع : انا ابذل (٧٧) هذا القدر الذي ذكره
الشاهدان ، ان الصبرة تنقص عنه قطعا ، يقال انه يأخذ الشقص بالشفعة
ويلزم (٧٨) المشتري بأخذ جميع الدراهم .

كلا لسنا نسلم ذلك ، ولا نجوزه .

ثم ما الذي يقال للمشتري بط ذلك ، خذ من الدراهم كذا وكذا ،
وهو يقول : لا أعلم شيئا ، ولا اخمن قدرا ، ولا أدري قدر ما ادितه ،
فهذا فيه احتمال ظاهر .

(٧٢) س ب والمطبوعة : هل .

(٧٣) مر ذلك في الفقرة ٢٥٨ .

(٧٤) س ب والمطبوعة : فكذلك .

(٧٥) ب والمطبوعة : شاع .

(٧٦) س : وزادا ، وقد سقطت لفظة (مثلا) من س ب والمطبوعة .

(٧٧) س : اترك .

(٧٨) س : ويلزم الشفيع بأخذ جميع الدراهم (كذا) .

وهذا من لطيف الفقه ودقيق البحث والنظر فليفهم ، والله تعالى
 المسؤول التوفيق والعصمة بمنه (٧٩) ولطفه • وفي كتاب الشفعة مسائل
 حسنة ، تتعلق بشهادة البائع للمشتري وللشفيع ، [وشهادة بعض الشركاء
 لبعض ، واختلاف يقع بين الشفيع] (٨٠) والمشتري في العفو وغيره ،
 لا يتسع هذا الكتاب المختصر الموضوع لغيرها لذكرها ، فليطلب ذلك من
 موضعه ان شاء الله تعالى •

★ ★ ★

[يتلوه في الجزء الثاني الباب الرابع في الشهادات]

(٧٩) قوله : (بمنه ولطفه ٠٠) الى آخر الفقرة في هذا الباب سقط

من س •

(٨٠) الزيادة من ب •

فهرس موضوعات هذا الجزء^(١)

(١) سنلحق الفهارس التفصيلية بآخر الجزء الثاني بعون الله •

١ - فهرس القسم الدراسي

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--|
| ٥ | المقدمة |
| ١١ | الباب الاول : في مؤلف الكتاب |
| ١٣ | الفصل الاول : نبذة تاريخية عن عصر المؤلف |
| ١٧ | الفصل الثاني : مؤلف الكتاب |
| ١٧ | اسمه ونسبه ونسبه |
| ٢٠ | ولادته |
| ٢١ | حياته اجمالاً ووظائفه التي شغلها |
| ٢١ | ١ - نشأته وطلبه العلم ورحلته |
| ٢٢ | ٢ - توليه القضاء بحماه وقيامه بتدريس الفقه |
| ٢٣ | ٣ - عزمه على اداء الحج |
| ٢٣ | ٤ - قيامه بمهام السفارة |
| ٢٤ | ٥ - نيابته عن صاحب حماة في مخاطبة الخليفة |
| ٢٧ | ٦ - رد شبهة في أنه ولي قضاء حميدان |
| ٣٠ | شيوخه وتلاميذه |
| ٣٢ | أخلاقه وصفاته |
| ٣٢ | اسرة ابن أبي الدم وذووه |
| ٣٣ | مكانة ابن أبي الدم العلمية والأدبية |
| ٣٦ | مؤلفاته |
| ٣٦ | ١ - كتاب أدب القضاء |
| ٣٦ | ٢ - ايضاح الاغاليط الموجودة في الوسيط |

- ٣ - التاريخ الكبير للمظفرى ٣٦
 ٤ - تاريخ ابن أبي الدم ٤٢
 ٥ - تدقيق العناية في تحقيق الرواية ٤٣
 ٦ - شرح مشكل الوسيط ٤٣
 ٧ - فتاوى ابن أبي الدم ٤٥
 ٨ - الفرق الإسلامية ٤٥
 ٩ - شرح الوسائل للغزالي في الفروع ٤٦
 ١٠ - شرح التبيين ٤٦
 ١١ - كتب أخرى ٤٧
 وفاته ٤٧

الباب الثاني : في كتاب أدب القضاء ٤٩

- ٥١ الفصل الاول : في الكتب المؤلفة في أدب القضاء ٤٩
 ما ألفت في أدب القضاء قبل المؤلف وبعده ٥٢
 ١ - كتب أدب القضاء في الفقه الحنفى ٥٢
 ٢ - كتب أدب القضاء في المذهب الشافعى ٥٦
 ٣ - كتب أدب القضاء في المذهب المالكي ٦٠
 ٤ - كتب أدب القضاء في المذهب الحنبلي ٦١
 ٥ - كتب أدب القضاء في المذهب الظاهري ٦٢
 ٦ - كتب أدب القضاء في المذهب الطبري ٦٢
 ٧ - كتب أدب القضاء في المذهب الزيدي ٦٢

| | |
|----|---|
| ٦٣ | الفصل الثاني : في حالة القضاء وتطوره الى عهد المؤلف |
| ٦٣ | نظرة في تطور القضاء قبل مجيء المؤلف |
| ٦٥ | حالة القضاء في عصر المؤلف |
| ٦٩ | الفصل الثالث : كتاب أدب القضاء |
| ٦٩ | اسم الكتاب |
| ٧١ | صحة نسبة الكتاب الى المؤلف |
| ٧٢ | سبب تأليفه |
| ٧٣ | مادة الكتاب (بصورة موجزة) |
| ٧٥ | أهمية الكتاب بالنسبة للفقهاء القضائي الشافعي |
| ٧٦ | نهج المؤلف في كتابه أدب القضاء |
| ٧٩ | مصادر ابن أبي الدم في كتابه أدب القضاء |
| ٨٠ | آثاره في ما تلاه من الكتب |
| ٨٣ | الاصول الخطية لكتاب أدب القضاء |
| ٨٣ | ١ - النسخة الاصلية |
| ٨٤ | ٢ - نسخة (ب) |
| ٨٥ | ٣ - نسخة (س) |
| ٨٦ | ٤ - نسخة (ظ) |
| ٨٦ | ٥ - نسخة (ق) |
| ٨٧ | عملي في التحقيق |
| ٩١ | نماذج من بدايات النسخ الخطية ونهاياتها |

| | |
|-----|--|
| ١٢١ | الباب الثالث |
| | دراسة لبعض المسائل التي وردت في الكتاب |
| ١٢٣ | توطئة |
| ١٢٥ | الفصل الاول : نظرية القضاء عند ابن أبي الدم |
| ١٢٥ | معنى القضاء |
| ١٢٦ | ✓ دليل مشروعية القضاء ولزومه عند ابن أبي الدم |
| ١٢٩ | ← أحوال الناس في القضاء والقيام به وطلب الدخول فيه |
| ١٣٠ | تقليد القضاء عند ابن أبي الدم |
| ١٣٢ | ✓ شروط ولاية القضاء عند ابن أبي الدم |
| ١٣٦ | ✓ آداب القضاء |
| ١٣٨ | انعقاد ولاية القاضي |
| ١٣٨ | صيغة عقد القضاء |
| ١٤٠ | ثبوت تولية القاضي عند أهل البلد |
| ١٤١ | ✓ اختصاص القاضي |
| ١٤٢ | الاستخلاف في القضاء |
| ١٤٣ | عقد التحكيم |
| ١٤٤ | جواز التحكيم |
| ١٤٥ | نفاذ التحكيم |
| ١٤٥ | شروط المحكم |
| ١٤٦ | لزوم الحكم في التحكيم |
| ١٤٧ | في أي شيء يجري التحكيم |

| | |
|-------|---|
| ١٤٨ | راتب القاضي |
| ✓ ١٤٩ | عزل القاضي |
| ١٥٢ | الفصل الثاني : الدعوى عند ابن أبي الدم |
| ١٥٢ | تعريف الدعوى |
| ١٥٣ | / مشروعية الدعوى |
| ١٥٣ | عناصر الدعوى عند ابن أبي الدم |
| ١٥٥ | اقامة الدعوى |
| ١٥٦ | الخصم حالة الدعوى |
| ١٥٦ | الخصم الحاضر |
| ١٥٧ | القضاء على النائب |
| ١٦٠ | احضار الخصم الى مجلس القضاء |
| ١٦٢ | دائرة العدالة أو المبنى الذي تشغله مجالس القضاة |
| ١٦٤ | آداب المرافعة وعلنية الجلسات |
| ١٦٤ | ١ - التهيؤ لمجلس الحكم |
| ١٦٥ | ٢ - ملابس القضاء وسمتهم وهيتهم |
| ١٦٥ | ✓ ٣ - التسوية بين الخصمين |
| ١٦٦ | ٤ - علنية المحاكمات |
| ١٦٨ | ٥ - ابتداء المرافعة |
| ١٦٨ | ٦ - لدد الخصوم |
| ١٦٩ | ٧ - تلقين الخصوم صحة الدعوى |
| ١٧٠ | ٨ - تقديم الخصوم بحسب السابقة |
| ١٧١ | ٩ - سماع الدعوى على كل شخص مكلف |

| | |
|-----|---|
| ١٧١ | ١٠- إعداء المدعى دون اشتراط الخلطة |
| ١٧٢ | ١١- اكرام الشهود |
| ١٧٢ | ١٢- توجه الخصومة نحو المدعى عليه |
| ١٧٣ | الفصل الثالث : طرق الاثبات عند ابن أبي الدم |
| ١٧٣ | ١ - الاقرار |
| ١٧٣ | حجية الاقرار |
| ١٧٥ | ٢ - اليانة (أو الشهادة) |
| ١٧٦ | دليل مشروعيته |
| | شروط الشاهد ومراتب الشهادات والشهادة |
| ١٧٧ | على الشهادة والتعارض |
| ١٧٨ | ٣ - اليمين |
| ١٧٩ | دليل مشروعيته |
| ١٨٠ | بم تكون اليمين |
| ١٨٠ | اليمين احدى طرق الاثبات عند ابن أبي الدم |
| ١٨١ | القسامة |
| ١٨١ | النكول |
| ١٨٢ | ٤ - علم القاضي |
| ١٨٥ | ٥ - القرائن |
| ١٨٦ | دليل مشروعية الأخذ بالقرائن |
| ١٨٧ | اختلاف الفقهاء في تفصيل القرائن |
| ١٨٨ | تصل بالقرائن القيافة والقرعة |

| الصفحة | الموضوع |
|--------|---|
| ١٨٩ | الفصل الرابع : الاحكام التي يصدرها القاضي ونقضها |
| ١٨٩ | المقصود بالاحكام |
| ١٨٩ | هل الثبوت حكم |
| ١٩٠ | حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي عليه |
| ١٩١ | نقض الحكم |
| ١٩٥ | الباب الرابع |
| ١٩٥ | دراسة فقهية مقارنة لبعض المسائل الخلافية |
| ١٩٨ | ✓ الفصل الاول : قضاء المرأة |
| ٢٠٣ | الفصل الثاني : شرط الاجتهاد في القاضي |
| ٢١٠ | الفصل الثالث : قضاء القاضي بعلمه |
| ٢١٩ | الفصل الرابع : القضاء على الغائب |
| ٢٢٧ | الفصل الخامس : القضاء بالشاهد واليمين |
| ٢٣٤ | الفصل السادس : القضاء بالنكول |
| ٢٤٠ | الفصل السابع : هل يتغير الحكم في الحل والحرمة بحكم الحاكم ؟ |

٢ - فهرس القسم التحقيقي

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--|
| ٢٤٧ | المقدمة |
| ٢٥٢ | الباب الاول في صفة القضاء |
| | الفصل الاول : في ما ورد من الآيات والنصوص والاثار في |
| | الترغيب فيه والنهي عنه واختلاف العلماء في اجابة |
| | من يصح تقليده القضاء اذا دعى اليه وامتناعه عنه |
| ٢٥٢ | ايهما اولى |
| ٢٦٢ | امتناعهم من الدخول في القضاء |
| ٢٧١ | الفصل الثاني : في صفة القاضي وما يعتبر فيه من الشروط |
| ٢٧١ | شرائط القضاء عشرة |
| ٢٨٧ | حكم تولي القضاء |
| ٢٩٠ | الفصل الثالث : في كيفية عقد القضاء |
| ٢٩٠ | مقدمات |
| ٢٩٠ | ١ - القيام بالقضاء بين المسلمين من أركان الدين |
| ٢٩١ | ٢ - هل تعتقد ولاية المفضول مع وجود الافضل |
| ٢٩١ | ٣ - طلب القضاء |
| ٢٩٧ | النظر الاول : في مقدمته |
| ٢٩٧ | تكامل الشروط في القاضي |
| ٢٩٧ | متى يختبر القاضي |

٢٩٨ النظر الثاني : في صفة العقد

٣٠١ النظر الثالث : في لزوم العقد

٣٠٤ النظر الرابع : في توافق الامام والقاضي في المذهب
وتخصيص المذهب

٣٠٨ النظر الخامس : في استخلاف القاضي نائباً عنه في
الحكم

٣١١ النظر السادس : في جواز تولية قاضيين في بلد واحد

٣١٥ النظر السابع : في جواز أخذ القاضي الرزق على
القضاء

٣١٧ الفصل الرابع : في أدب القضاء ٦

٣١٧ الآداب التي يتأدب بها الحاكم خمسة عشر أدبا

٣١٧ ١ - اعلام أهل البلد بقدمه

٣١٩ ٢ - النزول وسط البلد واتخاذ المكان المناسب

٣٢٠ ٣ - اتخاذ البواب

٣٢٢ ٤ - اتخاذ الحاجب

٣٢٥ ٥ - اتخاذ الأعوان

٣٢٦ ٦ - اتخاذ الكاتب

٣٢٦ ٧ - كراهة القضاء في المسجد

٣٢٧ ٨ - مشاورة القاضي للعلماء ✓

٣٢٨ ٩ - الدعاء بالمأثور حين الخروج الى مجلس الحكم

- ٣٢٩ ١٠- تفقد أحواله الخاصة قبل الحكم
- ٣٣١ ١١- ترتيب العدول وأرباب المسائل والمترجمين وغيرهم
- ٣٣٣ ١٢- كراهة مباشرته للبيع والشراء
- ٣٣٣ ١٣- حرمة قبول الهدية من الخصمين
- ٣٣٤ حضور القاضي الولايم العامة وعيادته المرضي وتنسيقه الجنائز وإتيانه الغائب
- ٣٣٥ ضيافة الخصمين
- ٣٣٨ ١٤- النظر في أمر المحبين
- ٣٤٣ النظر في امر اليتامى الذين هم تحت نظره
- ٣٤٤ النظر في امر الاوصياء والامناء والقوام
- ٣٤٥ تصفح ديوان الحكم
- ٣٤٧ عدم الاعتماد على رؤية الخط
- ٣٤٩ ١٥- تعقب القاضي حكم من قبله
- ٣٥٣ الباب الثاني في ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود

وفيه فصول :

- ٣٥٣ الفصل الاول : في وجوب انصاف الخصمين والتسوية بينهما

وفيه مسائل :

- ٣٥٣ - المسألة الاولى : التسوية بين الخصمين
- ٣٦٠ - المسألة الثانية : احضار الخصمين
- ٣٦٢ - المسألة الثالثة : سؤال الخصمين

| | |
|-----|---|
| ٣٦٧ | المسألة الرابعة : اكرام الشهود |
| ٣٧١ | تفريق الشهود |
| ٣٧٣ | المسألة الخامسة : جواب المدعى عليه |
| ٣٧٣ | انكار المدعى عليه |
| ٣٧٦ | اقرار المدعى عليه |
| ٣٨١ | الفصل الثاني : في التزكية |
| ٣٨١ | حكم التزكية |
| ٣٨١ | شروط المزكى |
| ٣٨١ | صورة التزكية والفاظها |
| ٣٨٥ | التزكية حق لله تعالى |
| ٣٨٦ | تزكية الخصم للشهود |
| ٣٨٨ | الفصل الثالث : في أرباب المسائل |
| ٣٨٨ | المراد بأرباب المسائل وبيان عملهم |
| ٣٩٦ | التعديل علانية |
| ٣٩٨ | ثبوت عدالة الشاهد |
| ٤٠٠ | الفصل الرابع : في القضاء بالعلم |
| | الفصل الخامس : في قضاء القاضي لأصوله وفروعه وقبول |
| | تزكياتهم وقضائه على عدوه وقضاء الوصي على الموصى |
| ٤٠٤ | عليه |
| ٤٠٦ | الفصل السادس : في نقص قضائه الذي وقع منه |

| | |
|-----|---|
| ٤٠٦ | اختلافهم في عدد الثبوت حكما |
| ٤٠٧ | ما ينبغي على هذا الخلاف |
| ٤١٠ | الاحكام التي لا يدخلها النقض |
| | الفصل السابع : في أن حكم الحاكم لا يحيل الامور عما هي |
| ٤١٦ | عليه عندنا |
| ٤١٦ | ١ - في الفروج والنسب |
| ٤١٧ | ٢ - القضاء في المجتهدين |
| ٤١٩ | أصل الخلاف هل كل مجتهد مصيب |
| ٤٢٢ | مسائل من القضاء في المجتهدين |
| ٤٨٢ | الفصل الثامن : في التحكيم |
| ٤٢٨ | جواز التحكيم ونفاذه |
| ٤٢٩ | لزوم الحكم في التحكيم |
| ٤٣٠ | هل للمحكّم أن يجبس المقر أو يوقع العقوبة عليه ؟ |
| ٤٣٠ | شروط المحكم |
| ٤٣١ | حكم المحكم لو ولد له أو ولد له وحكمه على عدوه |
| ٤٣٢ | اقتصار حكم المحكم على المتحاكمين فقط |
| | الفصل التاسع : في حكم الحاكم بعد عزله وحكم نوابه |
| ٤٣٤ | وسماع شهادته على فعل نفسه |
| ٣٤٣ | حكم الحاكم بعد عزله |
| ٤٣٥ | حكم نوابه اذا انزل |
| ٤٣٥ | سماع شهادته على فعل نفسه |

الباب الثالث : في الدعاوى والبيّنات ومجامع الخصومات ٤٤٠

وفيه فصول :

الفصل الاول : في حد الدعوى وحقيقتها ثم في كيفيتها وصفتها

٤٤٠ وشروطها وجواب المدعى عليه فيها

٤٤٠ النظر الاول : في حد الدعوى وحقيقتها

٤٤٠ حد المدعى والمدعى عليه

٤٤٨ النظر الثاني : في كيفيتها وصفتها وشروطها

٤٤٨ أقسام الدعوى

٤٤٨ الدعوى بالعين الحاضرة

٤٥١ الدعوى بالعين الغائبة

٤٥٢ دعوى العقار الغائب

٤٥٣ الدعوى بمال في الذمة

٤٥٤ الدين المؤجل

٤٥٧ دعوى غير المثلى

٤٥٩ الاطلاق والتفصيل في دعوى النكاح والبيع

٤٦٢ دعوى العتوق

٤٦٢ الدعوى بالمجهول ودعوى الرصية والاقرار

٤٧٠ النظر الثالث : في جواب المدعى عليه

٤٧٠ القسم الاول : الاقرار بالمدعى به

٤٧٣ القسم الثاني : الانكار

| الصفحة | الموضوع |
|--------|---|
| ٤٧٤ | انكار الاستحقاق لا السبب |
| ٤٧٦ | انكار سبب الاستحقاق |
| ٤٧٦ | مسائل على الانكار |
| ٤٨٢ | تخير المدعى بين تحليفه المدعى عليه وبين اقامته اليانة |
| ٤٨٣ | نفي المدعى وجود بينة لديه ثم يريد اقامتها بعد ذلك |
| ٤٨٤ | تحليف المدعى عليه |
| ٤٨٥ | امتناع المدعى عليه من اليمين |
| ٤٨٦ | النكول |
| ٤٨٩ | رد اليمين على المدعى |
| ٤٨٩ | القسم الثالث : السكوت |
| ٤٩١ | الفصل الثاني : في يمين المدعى |
| ٤٩١ | نكول المدعى عن اليمين |
| ٤٩٢ | طلب المدعى الامهال في اليمين |
| ٤٩٢ | بذل المدعى اليمين بعد امتناعه |
| ٤٩٣ | اقامة المدعى شاهدا واحدا ليحلف معه بعد نكوله عن يمين الرد |
| ٤٩٤ | يمين الرد بمنزلة الاقرار أو بمنزلة اليانة |
| ٥٠٢ | الفصل الثالث في المسائل التي يتعذر فيها رد اليمين على المدعى بعد نكول المدعى عليه عنها وهي ست مسائل : |

- المسألة الاولى : في أخذ الزكاة من الاغنياء ٥٠٢
 المسألة الثانية : في موت المدعي ولا وارث له ٥٠٤
 المسألة الثالثة : في المطالبة بالجزية ٥٠٥
 المسألة الرابعة : في دعوى الأسير الانبأت بالدواء ٥٠٥
 المسألة الخامسة : في دعوى الصبي سهم المقاتلة ٥٠٧
 المسألة السادسة : في بيع الولي مال الطفل ٥٠٨

الفصل الرابع : في قاعدة اليمين على البت وعلى النفي ،
 والتحالف بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في
 يديهما وحكم تحالف المتبايعين وفي كيفية اليمين

- وتنليظها ٥١٠
 النظر الأول : في قاعدة يمين النفي والبت ٥١٠
 المسألة الاولى : الحلف على جناية عبده ٥١٢
 المسألة الثانية : دعوى الدين على الأب ٥١٣
 المسألة الثالثة : يمين وكيل البائع ٥١٥
 المسألة الرابعة : اليمين على الطلاق ٥١٦

النظر الثاني : في كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين

- في دار هي في يديهما ٥١٩
 متى يكون التحالف ومتى لا يكون ٥١٩
 كيفية التحالف ٥٢١
 صورة اليمين ٥٢٢
 النظر الثالث : في كيفية اليمين الواجبة على المدعي ٥٢٧

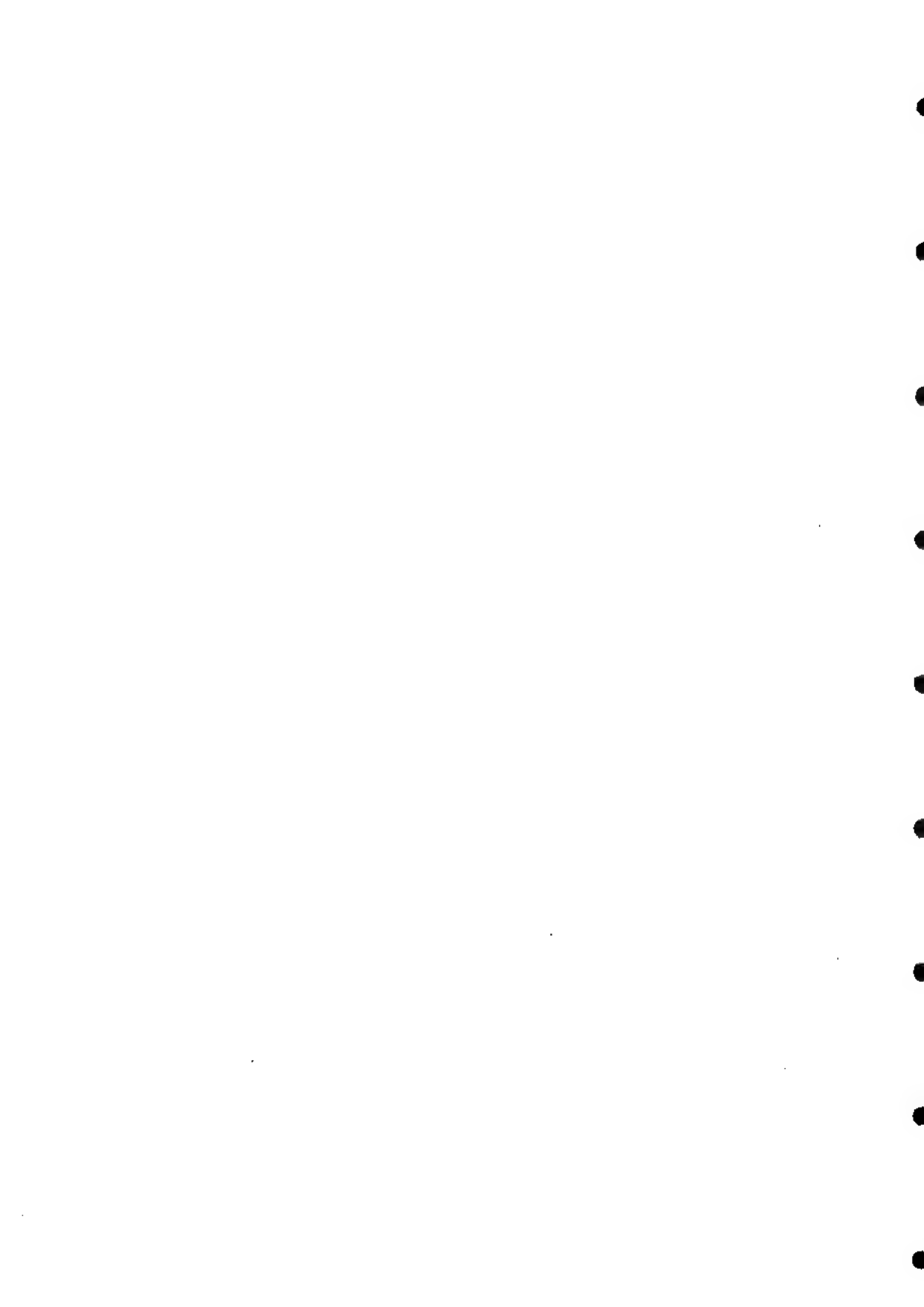
| | |
|-----|---|
| ٥٢٧ | تقليط اليمين |
| ٥٢٨ | صور تقليط اليمين |
| ٥٢٨ | التقليط باللفظ |
| ٥٣٠ | التقليط بالمكان |
| ٥٣٢ | التقليط بالزمان |
| ٥٣٣ | التقليط بالمصحف |
| ٥٣٤ | التقليط بالقيام |
| ٥٣٤ | ما تقلط به اليمين |
| ٥٣٥ | تقليط اليمين على المرأة بالمكان |
| ٥٣٨ | سريان التقليط الى يمين الرد واليمين مع الشاهد |
| ٥٣٩ | اضافة تصديق الشاهد الى صيغة اليمين |
| | تقليط يمين الحكم على الميت والغائب وما جرى |
| ٥٣٩ | مجرهما |
| ٥٤١ | كيفية لفظ اليمين |
| ٥٤٥ | نفي البراءة في اليمين |
| ٥٥٠ | تقليط اليمين على الكافر |
| ٥٥٠ | تحليف اليهودي |
| ٥٥١ | يمين النصراني |
| ٥٥٢ | يمين المجوسي |
| ٥٥٣ | يمين الوثني |
| ٥٥٣ | يمين الدهري |
| ٥٥٤ | امتناع هؤلاء من الحلف بصيغة معينة |

| | |
|-----|--|
| ٥٥٤ | حضور القاضي البيع والكنائس لتحليفهم فيها |
| ٥٥٥ | طلب الحالف من الحاكم كتابة محضر بذلك |
| ٥٥٥ | صورة المحضر |
| ٥٦٣ | الفصل الخامس : في الدعوى على الغائب والقضاء عليه |
| ٥٦٣ | سماع الدعوى على الغائب |
| ٥٦٤ | نصب المسخر |
| ٥٦٤ | حالات المدعي في القضاء على الغائب |
| ٥٦٥ | ١ - طلب القضاء على الغائب |
| ٥٦٧ | ٢ - طلب الاشهاد على الغائب بالثبوت |
| ٥٨٦ | ٣ - طلب نقل اليانة |
| ٥٧٣ | ٤ - دعوى العين المنقولة الموصوفة |
| ٥٧٣ | نصب مدير عن الغائب |
| ٥٧٦ | الدعوى على حاضر بدون احضاره |
| ٥٧٦ | الحكم بالشهادة على ما ينقل من الايمان الغائبة |
| ٥٨٠ | تسليم العين بكفيل |
| | الفصل السادس : في التداعي بين المتخاصمين ووقوع |
| | المعارضات بينهما في بيناتهما وما يوجب ترجيحاً |
| ٥٨٤ | لأحدهما وفي الشهادة بالملك واليد المتقدمين |
| ٥٨٥ | ماذا يريدون بالداخل والخارج |
| ٥٨٦ | مسائل في التداعي بين المتخاصمين |
| ٥٨٦ | المسألة الاولى : طلب الكفيل قبل اقامة اليانة |

- المسألة الثانية : طلب الكفيل أو الحبس قبل تعديل
البينة ٥٨٧
- المسألة الثالثة : طلب الحجر على المدين قبل تعديل
البينة ٥٨٨
- المسألة الرابعة : طلب التأخير لحضور الموكل ٥٨٩
- المسألة الخامسة : الاقرار لثالث ٥٨٩
- ١ - الاقرار بها لحاضر ٥٩٠
- ٢ - الاقرار بها لغائب ٥٩١
- ٣ - الاقرار بها لرجل مبهم ٥٩٤
- ٤ - الاقرار بها لصبي أو مجنون ٥٩٤
- ٥ - الاقرار بها وقفا ٥٩٥
- المسألة السادسة : دعوى الملك ٥٩٥
- ترجيح بينة الداخل ٥٩٦
- ترجيح بينة الخارج ٥٩٧
- بينة الداخل بعد زوال اليد ٥٩٩
- المسألة السابعة : الاقرار لغيره ثم يدعيه لنفسه مطلقا ٦٠٠
- المسألة الثامنة : دعوى الشراء من ذي اليد ٦٠١
- المسألة التاسعة : البينة بأنها كانت ملكه أمس ٦٠٥
- الشهادة باقرار الداخل بالملك للخارج ٦٠٧
- المسألة العاشرة : اقرار الداخل بملك الخارج أمس ٦٠٨
- المسألة الحادية عشرة : البينة بملكه منذ سنة ٦٠٩

- ٦١١ المسألة الثانية عشرة : بينة التاج
المسألة الثالثة عشرة : اقرار شخص ثالث بالعين لاحد
٦١٢ المتداعين
المسألة الرابعة عشرة : اقامة المدعى عليه بالينة على
٦١٣ رد بينة المدعى
المسألة الخامسة عشرة : تعارض البيتين
٦١٥ المسألة السادسة عشرة : تعارض دعوى الغصب مع
اقرار ذي اليد لاحدهما
٦١٨ المسألة السابعة عشرة : تعارض البيتين بالوديعة
والاجارة
٦١٩ المسألة الثامنة عشرة : دعوى العين وهي في أيديهما
٦١٩ المسألة التاسعة عشرة : تعارض بينة الملك بالسبب مع
٦٢٠ بينة الملك المطلق
٦٢١ المسألة العشرون : بينة القبض وبينة السبب
المسألة الحادية والعشرون : بينة الشراء مع بينة الشراء
٦٢١ والعنق
المسألة الثانية والعشرون : تداعي الشيء في ايديهما
٦٢٢ دون بينة
٦٢٤ المسألة الثالثة والعشرون : تعارض البيتين في الشراء
٦٢٥ المسألة الرابعة والعشرون : دعوى الحرية
المسألة الخامسة والعشرون : هل يشترط اقرار العبد
٦٢٨ برقه للبائع حين شرائه

| | |
|-----|--|
| | المسألة السادسة والعشرون : في احتمال احدى البيتين |
| | على زيادة أو تفردت بما يظن ترجيحاً والخلاف |
| ٦٢٩ | في ذلك |
| ٦٣٠ | الترجيح بزيادة العدالة |
| | الفصل السابع : في دعوى بعض الورثة دينا لمورثه وانبات |
| ٦٣٢ | ما يخص المدعي منهم |
| ٦٣٤ | اقرار ذي اليد لاحد الورثة |
| ٦٣٥ | قبض احد الورثة نصيبه دون اذن |
| ٦٣٧ | الفصل الثامن : في الدعوى بحق الشفعة |
| ٦٣٧ | جواز الشفعة |
| ٦٣٩ | سمي الشفيع لطلب الشفعة واشهاده |
| ٦٤٠ | التأخر عن الطلب لعذر |
| ٦٤١ | دعوى الشفعة |
| ٦٤١ | انكار دعوى الشراء في الشفعة |
| ٦٤٢ | الجهالة بالثمن |
| ٦٤٩ | فهرس موضوعات هذا الجزء |



رقم ايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٧٩٨ لسنة ١٩٨٤